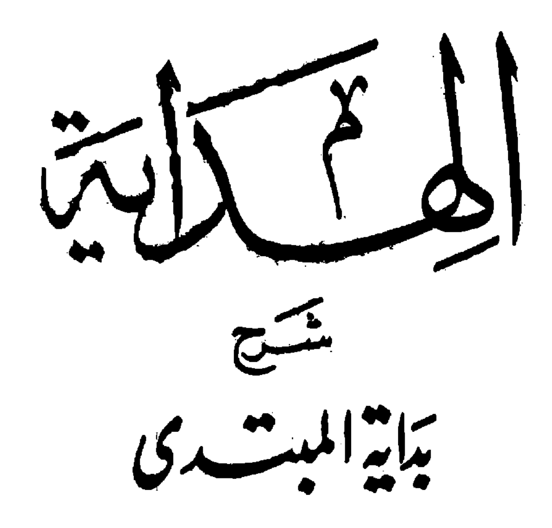


شرح

بداية المبتدي

للامام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمه الله تعالى المتوفى ٥٩٣هـ

مع

شرح العلامة عبد الحي اللكنوي

رحمه الله تعالى المتوفى ١٣٠٤هـ



اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتخريج أحاديثه من نصب الراية والدراية

نعيم أشرف نور أحمد

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٤٣٧-دي ٥ گارڈن ايسٹ ٥ كراتشي ٥ پاكستان

الطبعة الأولى: .... ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج: .... بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته: .... فهيم أشرف نور

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

D/ ٤٣٧ كَارڈن ايسٹ كراتشي ٥ - باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٤٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من:
المكتبة الإمدادية .... باب العمرة مكة المكرمة - السعودية
مكتبة الإيمان .... السمانية، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد .... الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات .... انار كلي لاهور - باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة[١]

الشفعة مشتقة من الشفع، وهو الضم، سميت[٢] بها؛ لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع.

قال[٣]: الشفعة واجبة[٤] للخليط[٥] في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع[٦] كالشرب والطريق، ثم للجار[٧]، أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء، وأفاد الترتيب[٨]، أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام*: «الشفعة لشريك لم يقاسم[٩]» ولقوله عليه الصلاة والسلام**: «جار الدار أحق بالدار[١٠] والأرض ينتظر له[١١] وإن[١٢] كان غائبًا إذا كان طريقهما

---

(١) قوله: "كتاب الشفعة" وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما، والحق تقديمها عليه؛ لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات، والأشربة، والإجارات، والشركات، والزراعات أوجب تقديمها، وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري، وشرطها كون المبيع عقارًا. (عناية)

هي تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار. (ك)

(٢) أي الشفعة المصطلحة في الشرع.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي ثابتة.

(٥) أي الشريك. (ع)

(٦) قوله: "ثم للخليط في حق المبيع [أي ما يستحقه المبيع ويكون تابعًا له وآلة للانتفاع به] إلخ" وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق والشرب الخاصين، وإنما قيدنا بذلك؛ لأنهما إذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة على ما يأتي. (عناية)

(٧) أي الملاصق.

(٨) قوله: "وأفاد الترتيب" صورته: منزل بين اثنين في سكة غير نافذة، باع أحد الشريكين نصيبه، فالشريك الملاصق في المنزل أحق بالشفعة فإن سلم، فأهل السكة أحق فإن سلموا، فالجار: وهو الذي على ظهر المنزل، وباب داره في سكة أخرى. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٢، والدراية ج٢، الحديث٨٨٨ ص٢٠٢. (نعيم)

(٩) قوله: "الشفعة [أي يثبت الشفعة] إلخ" قلت غريب، وأخرج مسلم عن جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط». (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٨٩ ص٢٠٢. (نعيم)

(١٠) قوله: "جار الدار إلخ" قلت: هو مركب من حديثين، فصدر الحديث أخرجه أبو داود أن النبي ﷺ قال: «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض»، وآخره أخرجه أصحاب السنن الأربع عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ:

واحدًا»[1]، ولقوله علية الصلاة والسلام: «الجار أحق بسقبه[2] قيل يارسول الله ما سقبه قال شفعته»*، ويروى: «الجار أحق بشفعته[3]»**، وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فيما لم يقسم[4] فإذا وقعت الحدود[5] وصرفت الطرق[6] فلا شفعة»***، ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس[7]؛ لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم، وهذا[8] ليس في معناه؛ لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل[9] دون

«الجار أحق بالشفعة ينتظر بها وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا» (ت)

قوله: "جار الدار" في هذا الحديث صنعة العكس، وهو من صنائع علم البديع، ونظيره قولهم: عادات السادات سادات العادات، وكلام الإمام إمام الكلام، وكلام الملوك ملوك الكلام. (عبد)

(١١) قوله: "ينتظر إلخ" يعني يكون على شفعته مدة غيبته، إذ لا تاثير للغيبة في أبطال حق تقرر سببه، قيل: معناه أحق به عرضًا عليه للبيع، ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائبًا.

وأجيب: بأنه ﷺ جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده، وقوله: ينتظر تفسير لبعض ما يشمله كلمة أحق، وهو كونه على شفعته مدة الغيبة. (ف)

(١٢) الواو وصلية.

(١) قوله: "إذا كان طريقهما واحدًا إلخ" المراد به جار هو شريك في الطريق، ويثبت الحكم في الشرب دلالة؛ لأن الشفعة إنما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلطة، وقد وجدت في الشرب. (كافي)

(٢) قوله: "الجار أحق بسقبه [سقب -بفتحتين- نزديک شدن، وبمنزل نزديك.م] إلخ" قلت أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي ﷺ أنه سمع النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «الجار أحق بسقبه»

وقوله: قيل: يا رسول الله! ليس في الحديث، وفي "معجم الطبراني": قيل لعمرو بن الشريد: ما السقب؟ قال: الجوار. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٧٤، والدراية ج٢ الحديث، ٨٩ ص ٢٠٢. (نعيم)

(٣) رواه الترمذي عن جابر. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٥، والدراية ج٢ تحت الحديث، ٨٩٠ ص٢٠٢. (نعيم)

(٤) قوله: "الشفعة فيما لم يقسم [أخرجه البخاري عن جابر بن عبد الله. ت] إلخ" ووجه الاستدلال أن اللام للجنس؛ لعدم المعهود، كقوله عليه السلام: «الأئمة من قريش»، فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم، يعني إذا كان قابلا للقسمة، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده، وأنه قال: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه، وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم، والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم، فلا شفعة فيه. (ف)

(٥) هذا داخل في الحديث.

(٦) أي جعل لكل قسم طريق على حدة. (كافي)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص ١٧٥، والدراية ج٢ الحديث ٨٩١ ص٢٠٣. (نعيم)

(٧) قوله: "معدول به عن سنن [بفتحتين روش وطريق. م] القياس إلخ" فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم، فلا يلحق به غيره قياسًا أصلا، لا دلالةً إذا لم يكن في معناه من كل وجه. (ف)

(٨) قوله: "وهذا" أي الجار، يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع؛ لأن ثبوت الشفعة وحق الأخذ

الفرع. ولنا ما روينا[١]، ولأن ملكه[٢] متصل بملك الدخيل[٣] اتصال تأبيد وقرار[٤]، فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال[٥] اعتبارًا[٦] بمورد الشرع[٧].

وهذا[٨] لأن الاتصال على هذه الصفة[٩] إنما انتصب سببًا فيه[١٠]؛ لدفع ضرر الجوار[١١]، إذ هو مادة المضار على ما عرف، وقطع هذه المادة بتملك الأصل[١٢] أولى؛ لأن الضرر في حقه بإزعاجه[١٣] عن خطة آباءه أقوى[١٤]، وضرر القسمة[١٥]

ثمة لدفع ضرر مؤنة القسمة؛ إذ لو لم يأخذه لطالبه المشترى القسمة، فيلحقه مؤنة القسمة، وهذا لا يوجد في الجار. (مل)

(٩) قوله: في الأصل [أي في فصل الشركة. ك] إلخ" أي فيما لم يقسم، ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم، ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده، بل فيه وفي الشريك في حق المبيع؛ لأنه مقسوم أيضًا، وفيما لم يحتمل القسمة كالبير والحمام. (ع)

(١) قوله: "ولنا ما روينا [من قوله عليه السلام: «الجار أحق بسقبه»] إلخ" أي من الأحاديث المذكورة، فإن قيل: المراد بالجار في الحديث المذكور الشريك، قلت: هل هذا إلا مجاز، ولا دليل عليه، وقال الإمام الحلواني: ترك الشافعية العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته، وهم سموا أنفسهم بأصحاب الحديث، وكيف يراد بالجار الشريك.

وقد أخرج ابن أبي شيبة عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال: قلت: يارسول الله! أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار، قال: «الجار أحق بسقبه ما كان» (سقاية)

(٢) أي ملك الجار.

(٣) قوله: "بملك الدخيل إلخ" أي المشترى، وسماه دخيلا؛ لأنه ليس بأصيل في الجوار، والأصيل هو الجار.(ب)

(٤) قوله: اتصال تأبيد وقرار [احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية. عناية] إلخ" ذكر القرار احتراز عن المشترى شراء فاسدًا، فإنه لا قرار له، إذ الواجب النقض، دفعًا للفساد. (ع)

(٥) قوله: "عند وجود المعاوضة بالمال إلخ" احترز به عن الإجارة والدار المرهونة والمجعولة مهرًا. (عيني)

(٦) أي إلحاقا بالدلالة بمورد الشرع، وهو ما لا يقسم. (ع)

(٧) أي الخليط في نفس المبيع.

(٨) جواب عن قوله: وهذا ليس في معناه.

(٩) أي اتصال التأبيد والقرار.

(١٠) أي في مورد الشرع. (ع)

(١١) قوله: "لدفع ضرر إلخ" أي لدفع ضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام، حتى لا يثبت للمستأجر والمستعير؛ إذ هو مادة المضار من حيث إيقاد النار، وإعلاء الجدار، ومنع ضوء النهار، وإثارة الغبار، ولا يندفع ذلك إلا بتملك أحدهما على الآخر، فرجح الأصيل على الدخيل بأن يدفع ضرره بتحويل الصفقة إلى نفسه؛ إذ لا ضرر للدخيل بأن يعود إلى رأس ماله، وإنما عدم ربحا قصده. (كافي)

(١٢) قوله: "وقطع هذه المادة بتملك الأصل [الشفيع] إلخ" جواب إشكال، وهو أن يقال: الشفيع أن يتضرر بالدخيل، فالدخيل أيضًا يتضرر بتملك الشفيع ماله . (عيني)

(١٣) إزعاج: جنبانيدن وبرخيزانيدن. (م)

(١٤) قوله: "خطة" خطه -بالكسر وتشديد طاء- زمينى كه براى بنياد عمارت گرد او خط كشند وحد پيدا كرده باشند. (م)

مشروع لا يصلح علة [١] لتحقيق ضرر غيره[٢].

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام[٣]: «الشريك[٤] أحق من الخليط[٥] والخليط أحق من الشفيع»*، فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار، ولأن الاتصال بالشركة[٦] في المبيع أقوى؛ لأنه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق؛ لأنه شركة في مرافق[٧] الملك، والترجيح يتحقق بقوة السبب، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحًا[٨].

قال[٩]: وليس للشريك في الطريق والشرب، والجار شفعة مع الخليط في الرقبة؛ لما ذكرنا أنه مقدم.

---

(١٥) قوله: "وضرر القسمة إلخ" جواب عن قول الشافعي لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل عند بيع أحد الشريكين، فهو جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة، ولم يذكر الجواب عن الاستدلال بالحديث؛ لأنه في حيز التعارض. (مل)

(١) قوله: "لا يصلح علة إلخ" يعني أن ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعًا، وما وجب شرعًا وصار حقًا عليه لا يصلح علة؛ لتحقق ضرر المشتري بتملك ماله بغير رضاه، وإنما المرفوع ضرر ليس بحق عليه شرعًا. (ك)

(٢) وهو التملك على المشتري بغير رضاه.

(٣) قال الشيخ ابن حجر: لم أجده. (سقاية)

(٤) قوله: "الشريك إلخ" قلت: غريب، ذكر ابن الجوزي في "التحقيق" وقال: إنه حديث لا يعرف، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار، والجار ممن سواه.

وأخرج ابن أبي شيبة عن ابراهيم النخعي قال: الشريك أحق بالشفعة، فإن لم يكن شريك فالجار، والخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه. (ت)

(٥) قوله: "أحق من الخليط إلخ" أي الشريك راجح في حق الشفعة بالنسبة إلى الخليط؛ فلذا يتقدم على الخليط، وإن كان للخليط استحقاق معه، بخلاف الابن وابن ابن آخر؛ لأن شرط استحقاقه عدم الابن، فههنا لو أسقط الابن حقه في التركة لا يثبت لابن الابن حق فيها مع وجود الابن، والحاصل أن الشريك حاجب للخليط في الحكم، والابن حاجب لابن ابن آخر في السبب. (أعظمي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٦، والدراية ج٢ الحديث ٨٩٢ ص٢٠٣. (نعيم)

(٦) قوله: "ولأن الاتصال [دليل عقلي على الترتيب] إلخ" صورة الاجتماع على ما في بعض شروح "الوقاية" أن يكون دار مشتركة بين رجلين، وفي الدار منزل مشترك بين أحدهما وبين ثالث، وباب الدار في سكة غير نافذة، وعلى ظهر المنزل دار لرجل وبابه في سكة أخرى، فباع الشريك في المنزل حصة من المنزل، فالشريك الآخر في المنزل أحق من الشريك في الدار. والشريك في الدار أحق من الشركاء في السكة؛ لأنه شريك في الطريق الأخص، فإن ساحة الدار ممر أهل المنزل، فإن سلم هو فالشريك في السكة أحق من الجار الملاصق؛ لأنه شريك في الطريق الأعم، فإن سلم فالشفعة حينئذ للجار. (سقاية لعطشان الهداية، من تصانيف مولانا محمد عبد الحليم أدخله الله دار النعيم)

(٧) منافع.

(٨) لأن القسمة أمر مشروع، كما مر آنفًا.

(٩) أي القدوري. (عيني)

قال: فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق، فإن سلم أخذها الجار[١]؛ لما بينا من الترتيب، والمراد بهذا [٢] الجار الملاصق، وهو الذي على ظهر[٣] الدار المشفوعة، وبابه في سكة أخرى[٤]. وعن أبي يوسف[٥] أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى؛ لأنهم محجوبون به[٦]، ووجه الظاهر: أن السبب[٧] قد تقرر في حق الكل، إلا أن للشريك[٨] حق التقدم، فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض[٩]، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها، كما في منزل معين من الدار[١٠]، أو جدار معين[١١] منها[١٢]، وهو مقدم على الجار في المنزل[١٣]، وكذا [١٤]على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي

(١) قوله: "أخذها الجار إلخ" لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع؛ ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك. (ع)

(٢) الجار.

(٣) أو جنبها، احترز به عن الجار المقابل. (ك)

(٤) قوله: "وبابه في سكة أخرى إلخ" احتراز عما إذا كان بابه في سكة غير نافذة في هذه الدار. (ك)

(٥) في غير ظاهر الرواية. (ع)

(٦) فلا فرق إذ ذاك بين الأخذ والتسليم.

(٧) أي الاتصال.

(٨) في الرقبة.

(٩) قوله: "بمنزلة دين الصحة إلخ" أي كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة، فإنه إذا أسقط حقهم بالإبراء، كانت التركة لغرماء المرض لديونهم؛ لأن سبب استحقاقهم ثابت. (نهاية)

(١٠) مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت، وفي بيت منها شركة. (ع)

(١١) قوله: "أو جدار معين [أي مع أرضه؛ لأن الشركة في البناء المجرد لا يوجب الشفعة. ك] إلخ" صورته: أن يكون أرض بين رجلين غير مقسومة، فبنيا في وسط الأرض جداراً، ثم اقتسما الباقي، وامتاز حصة كل منهما عن الآخر، وبقي الجدار وما تحته من الأرض ملصقاً مشتركاً، فإذا باع أحدهما أرضه، فالآخر جار شريك في بعض المبيع.
أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الجدار، وخطا خطاً في وسط الأرض، ثم أعطى كل واحد منهما شيئاً حتى بنيا جداراً، فكل منهما جار لصاحبه شريك في البناء، لا في الرقبة، كذا في "الذخيرة"، وبه تبين أن المراد بالشركة في الجدار أن يكون شركة في أرضه أيضاً؛ لأن الشركة في البناء المجرد لا يوجب الشفعة. (سقاية)

(١٢) دار.

(١٣) قوله: "وهو مقدم على الجار إلخ" أي الشريك في منزل معين من الدار أوجدار معين منها مقدم على الجار في المنزل، في "المغني": ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق أن لا يكون شريكاً في الأرض التي هي تحت الحائط، الذي هو مشترك بينهما، أما إذا كان شريكاً فيه لا يكون مؤخراً، بل يكون مقدماً.
وصورة ذلك: أن يكون أرض بين اثنين غير مقسومة، بنيا في وسطها حائطاً، ثم اقتسما الباقي، فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركاً بينهما، فكان هذا الجار شريكاً في بعض المبيع، أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط، وخطا خطاً في وسطها، ثم أعطى كل واحد منهما شيئاً حتى بنيا حائطاً، فكل واحد منهما جار لصاحبه في الأرض،

يوسف[١]؛ لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة[٢]. ثم لا بد أن يكون الطريق، أو الشرب خاصًا، حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه[٣]، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذًا، والشرب الخاص أن يكون نهرًا لا تجرى فيه السفن[٤]، وما تجرى فيه فهو عام، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد. وعن أبى يوسف أن الخاص أن يكون نهرًا يسقى منه قراحان، أو ثلاثة[٥]، وما زاد على ذلك فهو عام. وإن كانت سكة[٦] غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة، وهى[٧] مستطيلة، فبيعت دار فى السفلى[٨] فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا[٩]، وإن بيعت[١٠] فى العليا فلأهل السكتين[١١]، والمعنى[١٢] ما ذكرنا فى كتاب "أدب القاضى"[١٣]، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه، فهو على قياس الطريق[١٤] فيما بيناه[١٥].

شريك فى البناء لا غير، والشريك فى البناء لا غير يوجب الشفعة. (ك)

(١٤) أى كما هو مقدم على الجار فى المنزل، كذلك هو مقدم على الجار فى بقية الدار. (ك)

(١) والرواية الأخرى أنه والجار سواء فى بقية الدار. (ع)

(٢) لأن كل الدار واحد.

(٣) أى فى الخاص.

(٤) قيل: أريد به أصغر السفن. (ك)

(٥) قوله: "قراحان [أو بستانان أو ثلاثة. ك] إلخ" القراح من الأرض كل قطعة على حالها، ليس فيها شجر ولا بناء، وفى "الذخيرة": وعامة المشايخ على أن الشركاء فى النهر إذا كانوا لا يحصون، فهو نهر كبير، وإن كانوا يحصون فهو نهر صغير. لكن اختلفوا بعد هذا فى حد ما لا يحصى وما يحصى، بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة، وبعضهم بمائة، وبعضهم بأربعين، وبعض مشايخنا قالوا: أصح ماقيل فيه أنه مفوض إلى رأى كل مجتهد فى زمانه، إن رآهم كثيرًا كانوا كثيرًا، وإن رآهم قليلا كانوا قليلا. (ك)

(٦) مستطيلة.

(٧) الواو حالية.

(٨) المنشعبة.

(٩) قوله: "دون أهل العليا إلخ" لأنه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور، وليس لهم أن يفتحوا فيها بابًا، فكانت كالمملوكة لأهلها، بخلاف السكة الواحدة إذا بيعت دار فى أقصاها، كانت الشفعة بين أهل السكة الواحدة، وإن لم يكن لأهل الأعلى حق المرور فى الأقصى؛ لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق فيها واحد، فللكل فيها شركة من أول السكة إلى آخرها، إلا أن شركة البعض أكثر، والترجيح لا يقع بالكثرة على ما عرف. (ك)

(١٠) دار.

(١١) لأن لأهل السفلى حق المرور فيها. (كافى)

(١٢) وجه.

(١٣) قوله: "ما ذكرنا إلخ" وهو قوله لأن فتحه للمرور، ولا حق لهم فى المرور، وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان، فكل من له ولاية فتح الباب فى سكة، فله استحقاق الشفعة فى تلك السكة، ومن لا فلا. (ع)

(١٤) قوله: "فهو على قياس إلخ" فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق، فلذلك قال على قياس الطريق،

قال[1]: ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة، ولكنه شفيع جوار؛ لأن العلة هي الشركة في العقار، وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار، إلا أنه جار ملازق.

قال[2]: والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار[3]؛ لما بينا[4]، قال[5]: وإذا اجتمع الشفعاء، فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الأملاك[6]. وقال الشافعي: هي على مقادير الأنصباء؛ لأن الشفعة من مرافق الملك، ألا يرى أنها لتكميل منفعته، فأشبه الربح[7] والغلة[8] والولد والثمرة[9].

ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق[10]، وهو الاتصال، فيستوون في الاستحقاق، ألا يرى[11] أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة[12]، وهذا آية

يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر، لا لأهل النهر الصغير؛ كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى. (ك)

(١٥) يعني قوله فإن كانت سكة غير نافذة إلخ. (ع)

(١) أي المصنف. (عيني)

(٢) أي محمد في بيوع "الجامع". (عيني)

(٣) قوله: "والشريك في الخشبة إلخ" تاويله إذا كان له حق وضع الخشبة تكون على الحائط من غير أن يملك شيئًا من رقبة الحائط؛ لأنه إذا كان هكذا فله حق الشغل لا غير، فكان جارًا لا شريكًا. (كافي)

(٤) قوله: "لما بينا إلخ" أن العلة هي الشركة في العقار، فبالشركة في الخشبة لا يكون شريكًا في الدار. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "ولا يعتبر إلخ" بيانه دار بين ثلاثة: لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه، وطلب الآخران الشفعة، قضى بالشقص المبيع بينهما عند الشافعي أثلاثًا بقدر ملكهما، وإن باع صاحب السدس نصيبه قضى بينهما أخماسًا، وإن باع صاحب الثلث قضى بينهما أرباعًا، وعندنا قضى بينهما نصفان في الكل، وكذلك على أصلنا إذا بيعت ولها جاران، جار من ثلاثة جوانب، والآخر من جانب واحد، وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان. (ك)

(٧) قوله: "فأشبه الربح إلخ" فإن الشريكين إذا اشتريا شيئًا بخمسة عشر درهما مثلا، ولم يشترطا شيئًا، ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة، ثم باعاه، فربحا ثلاثة درهم، فالدرهمان لصاحب العشرة، والدرهم الواحد لصاحب الخمسة؛ لأن الربح تبع المال فكان بينهما على قدر رأس مالهما. (ن)

(٨) قوله: "والغلة [أي غلة العقار المشترك بين اثنين أثلاثًا يكون أثلاثًا. عيني) إلخ" -بالفتح- در آمد هر چيزے از حبوب ونقود وجز آن وآمد كرايه مكان ومزد غلام وما حصل زمين. (من)

(٩) قوله: "والولد والثمرة" أي اشبه الولد من الجارية المشتركة، أو البهيمة المشتركة يكون الملك فيه لكل واحد بقدر الملك في الأم، وكذلك ثمرة النخل المشتركة. (عيني)

(١٠) قوله: "استووا إلخ" وذلك لأن سبب استحقاق الشفعة إما الجوار أو الشركة، وقد استووا في أصل ذلك؛ فإن صاحب القليل شريك لصاحب الكثير، وجار لاتصال ملكه بالبيع كصاحب الكثير. (ن)

(١١) سند على الاستواء.

(١٢) قوله: "استحق كل الشفعة إلخ" يعني أن صاحب الكثير لو باع نصيبه، كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل

كمال السبب، وكثرة الاتصال[١] تؤذن بكثرة العلة[٢]، والترجيح بقوة في الدليل[٣] لا بكثرته[٤]، ولا قوة ههنا[٥]؛ لظهور الأخرى بمقابلته، وتملك ملك غيره[٦] لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه[٧]، بخلاف الثمرة وأشباهها[٨].

ولو أسقط بعضهم حقه[٩]، فهي للباقين في الكل على عددهم، لأن الانتقاص[١٠] للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم، وقد انقطعت[١١]، ولو كان البعض غُيَّباً[١٢] يقضى بها بين الحضور على عددهم، لأن الغائب لعله لا يطلب[١٣]. وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر[١٤] يقضى له بالنصف، ولو حضر ثالث، فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقًا للتسوية، فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف؛ لأن قضاء القاضي بالكل

بالاتفاق، كما لو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع؛ لما أن ملك كل جزء علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة، فإنما اجتمع في حق صاحب الكثير علل، وفي حق صاحب القليل علة واحدة، والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل. ألا ترى أن أحد المدعيين لو أقام شاهدين، والآخر عشراً فهما سواء، وكذلك لو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة، وجرحه آخر عشر جراحات، فمات استويا في حكم القتل. (ك)

(١) قوله: "وكثرة الاتصال إلخ" جواب عما يقال: الاتصال سبب الاستحقاق، وصاحب الكثير أكثر اتصالا، فأنى يتساويان. (عيني)

(٢) لأن الاتصال بكل جزء علة.

(٣) قوله: "والترجيح بقوة في الدليل إلخ" كالشريك يرجح على الجار، وكجزّ الرقبة مع جرح الآخر؛ فإن حكم القتل يضاف إلى الجازّ لا إلى الجارح بالاتفاق. (ك)

(٤) قوله: "لا بكثرته إلخ" لأن ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحا؛ لأن عند ظهور الترجيح كان المرجوح مدفوعًابالراجح، وههنا حق صاحب القليل لا يبطل أصلا، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة. (نهاية)

(٥) كما في الشاهدين وعشرة شهود. (عيني)

(٦) جواب عما قاله الشافعي: من أن الشفعة من مرافق الملك. (عيني)

(٧) قوله: "لا يجعل ثمرة [لأنه لا يتولد من ملكه] إلخ" أي القدرة على التملك لا تعد من ثمرات الملك، كالأب له أن يتملك جارية ابنه، ولا يعد من ثمرات ملكه. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف الثمرة وأشباهها إلخ" فإنها متولدة من العين، فيتولد بقدر الملك، أما تملك ملك غيره فلا يتولد من ملكه، فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد. (ك)

(٩) قوله: "ولو أسقط بعضهم إلخ" يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده، فإن كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون أنصباءهم كما تقدم. (ع)

(١٠) في حق أحد.

(١١) بالتسليم.

(١٢) جمع غائب.

(١٣) فلا يترك حق الحاضرين بالشك.

(١٤) وطلب.

للحاضر يقطع حق الغائب[١] عن النصف بخلاف ما قبل القضاء.

قال[٢]: والشفعة تجب بعقد البيع، ومعناه بعده[٣] لا أنه هو السبب[٤]؛ لأن سببها[٥] الاتصال على ما بيناه[٦]. والوجه فيه[٧] أن الشفعة[٨] إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، والبيع يعرفها[٩]، ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه[١٠]، حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع[١١]، وإن[١٢] كان المشترى يكذبه.

قال[١٣]: وتستقر[١٤] بالإشهاد[١٥]، ولا بد من طلب المواثبة[١٦]؛ لأنه[١٧] حق

---

(١) قوله: "يقطع إلخ" لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه، والمقضى عليه في قضية لا يصير مقضياً له فيها. (ع)

(٢) في "المختصر". (عناية)

(٣) أي ليس الباء للسببية.

(٤) قوله: "لا أنه هو السبب إلخ" وقيل البيع هو السبب، بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح؛ لكونه إسقاطا قبل وجود سببه، وهو البيع، ولو كان السبب الاتصال يصح، وجوابه: أنه إنما لم يصح لفقد شرطه، وهو البيع؛ لأن السبب لا يكون سبباً إلا عند وجود شرطه، كما في الطلاق المعلق. (زيلعي)

(٥) قوله: "لأن سببها [شفعة] إلخ" اعترض عليه بأن سبب ثبوت الشفعة لو كان هو الاتصال، لكان ينبغي أن يبطل الشفعة لو سلم الشفيع الشفعة قبل البيع، وليس كذلك إجماعاً، وأجيب بأن البيع شرط، فتسليم الشفعة قبله ككفارة اليمين قبل الحنث، فلا يجوز. (سعاية لعطشان الهداية)

(٦) في مبدأ كتاب الشفعة.

(٧) أي في الوجوب بعد البيع.

(٨) قوله: "أن الشفعة إلخ" يعني أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه، وله دليل ظاهر، وهو البيع، فيقام مقامه، والحاصل أن الاتصال بالملك سبب، والرغبة عن الملك شرط، والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذوه وإن كذبه المشتري.
ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له، أو وهب وسلم،؛ فإن الرغبة عنه قد عرفت، وليس للشفيع الشفعة، وأجيب: بأن في ذلك ترددا؛ لبقاء الخيار للبائع، بخلاف الخيار، فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية، فعومل به كما زعمه، والهبة لا تدل على ذلك، إذ غرض الواهب المكافأة، ولهذا كان له الرجوع، فلا ينقطع عنه حقه بالكلية. (ع)

(٩) الرغبة.

(١٠) بائع.

(١١) لثبوت البيع بإقرار البائع، وإن لم يثبت ملك المشترى. (كافي)

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) القدوري. (عيني)

(١٤) شفعة.

(١٥) هذا طلب الإشهاد.

(١٦) قوله: "ولا بد من إلخ" أي من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب إلى المواثبة لتلبسه بها. (ع)

(١٧) شفعة.

ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الإشهاد[١] والطلب؛ ليعلم بذلك رغبته[٢] فيه دون اعراضه عنه، ولأنه[٣] يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى، ولا يمكنه[٤] إلا بالإشهاد.

قال[٥]: وتملك بالأخذ إذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم؛ لأن الملك للمشترى قد تم، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضى أوقضاء القاضى، كما فى الرجوع فى الهبة[٦].

وتظهر فائدة هذا[٧] فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين[٨]، أو باع داره المستحق بها الشفعة، أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم[٩]، أو تسليم المخاصم لا تورث عنه فى الصورة الأولى[١٠]، وتبطل شفعته فى الثانية[١١]، ولا يستحقها فى الثالثة[١٢]؛ لانعدام الملك له، ثم قوله[١٣]: تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه[١٤] إن شاء الله تعالى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

---

(١) أى لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه. (ع)

(٢) شفيع.

(٣) شفيع.

(٤) إثبات.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) فإنه يحتاج إلى التراضى، أو قضاء القاضى.

(٧) قوله: "وتظهر فائدة هذا إلخ" أى فائدة توقف الملك فى الدار المشفوعة بعد الطلبين على تسليم المشترى الدار إلى الشفيع، أوحكم الحاكم. (ك)

(٨) أى طلب المواثبة وطلب الإشهاد.

(٩) متعلق بالمسائل الثلاث.

(١٠) قوله: "فى الصورة الأولى إلخ" وهى ما إذا مات الشفيع بعد الطلبين؛ لأنه لم يملكها المورث، فكيف تورث عنه. (نهاية)

(١١) قوله: "فى الثانية إلخ" أى فى الصورة الثانية، وهى ما إذا باع داره المستحق بها الشفعة؛ لأن سبب الأخذ بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة، وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة قبل أن يأخذها، فلم يبق السبب قبل أن يثبت الحكم، فلا يثبت الحكم. (نهاية)

(١٢) قوله: "ولا يستحقها إلخ" أى لا يستحق الدار التى بيعت بالشفعة فى الصورة الثالثة، وهى ما إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة؛ لأنه لم يملك المشفوعة، فكيف يملك بها غيرها، والله أعلم. (نهاية)

(١٣) أى قول القدورى. (ع)

(١٤) فى باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب.

باب[١] طلب الشفعة والخصومة فيها

قال[٢]: وإذا علم الشفيع بالبيع[٣] أشهد في مجلسه[٤] ذلك على المطالبة، اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه، طلب المواثبة[٥]، وهو أن يطلبها كما علم[٦]، حتى لو بلغ الشفيع البيع، ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة؛ لما ذكرنا[٧].

ولقوله عليه الصلاة والسلام[٨]: «الشفعة لمن واثبها»*، ولو أخبر بكتاب، والشفعة في أوله أو في وسطه، فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته، وعلى هذا عامة المشايخ، وهو رواية عن محمد. وعنه[٩] أن له مجلس العلم، والروايتان في "النوادر"، وبالثانية أخذ الكرخي؛ لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل، كما في المخيرة[١٠].

ولو قال[١١] بعد ما بلغه البيع: الحمد لله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، أو قال:

---

(١) قوله: "باب" لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه. (ن)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "بالبيع إلخ" أي بيع المالك ملكه المتصل بملك الشفيع، بإخبار رجل عدل أو رجلين، أو رجل وامرأتين. (سعاية)

(٤) أي في مجلس العلم.

(٥) قوله: "طلب المواثبة إلخ" سميت به تبركًا بلفظ الحديث: «الشفعة لمن واثبها» أي لمن طلبها على وجه السرعة، والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة؛ لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه. (ك)

(٦) قوله: "كما علم إلخ" أي على فور علمه بالبيع من غير توقف، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن، والطلب صحيح من غير إشهاد، والإشهاد لمخافة الجحود، فينبغي له أن يطلب حتى إذا حلفه المشتري، أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع. وذكر في "شرح [illegible]" إنما يفعل ذلك، أي يطلب وإن لم يكن عنده أحد؛ لئلا تسقط فيما بينه وبين الله تعالى. (ك)

(٧) قوله: "لما ذكرنا" وهو قوله لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض إلخ، وقال ابن أبي ليلى: إن طلب إلى ثلاثة أيام فله الشفعة، وقال سفيان: له مهلة يوم حين سمع، وقال شريك: هو على شفعته ما لم يبطلها صريحًا أو دلالةً، بمنزلة سائر الحقوق المستحقة. (كفاية)

(٨) قوله: "ولقوله عليه السلام" «الشفعة لمن واثبها» قلت غريب، وأخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" من قول شريح: إنما الشفعة لمن واثبها. (ت)

قوله: "ولقوله عليه السلام إلخ" قال الشيخ ابن حجر: لم أجده، وقال العيني: هذا ليس بحديث، نعم، قد روى ابن ماجة مرفوعًا الشفعة كحل العقال، وقال في المنافع: أي البعير إذا حل عقاله، ولم يؤخذ من ساعته ذهبت. (سعاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٦، والدراية ج٢ الحديث ٨٩٣ ص٢٠٣. (نعيم)

(٩) محمد.

(١٠) قوله: "كما في المخيرة إلخ" فإن لها الخيار ما دامت في مجلسها، والجامع حاجة الرأي والتأمل، ولأن الشرع أوجب له حق التملك ببدل، ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع، كان له خيار القبول مادام في مجلسه؛ فهذا مثله. (ن)

(١١) قوله: "ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله إلى قوله لا تبطل شفعته [ذكر هذا تفريعًا على مسألة القدوري. عيني]" هذا على رواية أن له مجلس العلم. (كفاية)

سبحان الله، لا تبطل شفعته؛ لأن الأول حمد على الخلاص من جواره[١]، والثانى تعجب منه لقصد إضراره[٢]، والثالث لافتتاح كلامه[٣]، فلا يدل شيء منه على الإعراض. وكذا[٤] إذا قال: من ابتاعها وبكم بيعت؛ لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله في الكتاب[٥] "أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة" طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفى التجاحد[٦]. والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخى، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة، كما لو قال: طلبت الشفعة، أو أطلبها، أو أنا طالبها؛ لأن الاعتبار للمعنى[٧].

وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان، أو رجل وامرأتان، أو واحد عدل عند أبي حنيفة. وقالا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد، حرا كان أو عبدا، صبيا كان أو امرأة إذا كان الخبر حقا[٨]، وأصل الاختلاف في عزل الوكيل، وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم[٩]، وهذا بخلاف المخيرة[١٠] إذا أخبرت عنده[١١]؛ لأنه ليس فيه إلزام حكم[١٢]، وبخلاف ما إذا أخبره

---

(١) البائع، أى من سوء جواره مع الأمن من الضرر الدخيل بالشفعة. (كافى)

(٢) أى إضرار البائع للشفيع.

(٣) كما هو عرف بعض الناس. (كافى)

(٤) أى ليس هذا إعراضاً.

(٥) أى القدورى.

(٦) قوله: "إنما هو لنفى التجاحد إلخ" يعنى ربما يجحد الخصم، فيحتاج إلى الشهود، وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد فى ذلك ليس بشرط. (عناية)

(٧) قوله: "لأن الاعتبار للمعنى" ظاهر قوله طلبت الشفعة إخبار عن الطلب فى الزمان الماضى، وإنه كذب، والكذب لا عبرة به، فكأنه لم يطلب، وكذا إذا قال: أطلبها؛ لأنه عدة، إلا أنه فى العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال، لا الخبر عن أمر ماض أو مستقبل. (ك)

(٨) أى فى ظنه.

(٩) قوله: "وقد ذكرناه إلخ" إشارة إلى ما ذكره فى آخر فصل القضاء بالمواريث، وهو من فصول "كتاب أدب القاضى"، وأراد بأخواته المولى إذا أخبر بجناية عبده، والشفيع، والبكر، والمسلم الذى لم يهاجر إلينا. (ع)

(١٠) قوله: "وهذا بخلاف المخيرة إلخ" يعنى أن المخبر إذا أخبر المرأة أن زوجها خيرها فى نفسها، صارت مخيرة، سواء كان المخبر عدلا أو غير عدل، حتى لو أختارت نفسهافي مجلسها يقع الطلاق وإلا فلا، ولا يشترط فى المخبر أحد شطرى الشهادة، بخلاف الشفيع حيث شرط فيه أبو حنيفة أحد شطرى الشهادة، وهو العدد والعدالة. (ن)

(١١) أى عند أبى حنيفة. (نهاية)

(١٢) قوله: ليس فيه إلزام حكم إلخ" بل هو إبقاء ما كان على ما كان، وفى حق الشفيع إلزام، حيث يلزمه سوء ضرر الجوار.

المشترى[١]؛ لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة فى الخصوم.

والثانى طلب التقرير والإشهاد، لأنه[٢] محتاج إليه لإثباته عند القاضى على ما ذكرنا[٣]، ولا يمكنه الإشهاد[٤] ظاهرًا على طلب المواثبة؛ لأنه على فور العلم بالشراء، فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير، وبيانه[٥] ما قال فى الكتاب[٦].

ثم ينهض[٧] منه يعنى من المجلس، ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده، معناه لم يسلم إلى المشترى، أو على المبتاع[٨] أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا؛ لأن كل واحد منهما[٩] خصم فيه؛ لأن للأول اليد وللثانى الملك.

وكذا يصح الإشهاد عند المبيع؛ لأن الحق متعلق به، فإن سلم البائع المبيع[١٠] لم يصح الإشهاد عليه[١١]؛ لخروجه[١٢] من أن يكون خصمًا؛ إذ لا يد له ولا ملك، فصار كالأجنبى. وصورة هذا الطلب أن يقول[١٣]: إن فلانا اشترى هذه الدار، وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك.

وعن أبى يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده؛ لأن المطالبة لا تصح إلا فى معلوم، والثالث: طلب الخصومة والتملك، وسنذكر كيفيته[١٤] من بعد إن شاء

---

(١) قوله: "وبخلاف ما إذا أخبره إلخ" حيث لا يشترط فى المشترى أيضًا أحد شطرى الشهادة، يعنى أن المخبر بالشفعة إذا كان هو المشترى، وقال للشفيع: قد اشتريت دار فلان، فلم يطلب الشفيع الشفعة، بطلت شفعته، وإن لم يكن المشترى عدلا؛ لأن المشترى خصم فى هذا، والعدالة فى الخصوم ليس بشرط. (مل)

(٢) شفيع.

(٣) قبيل هذا الباب.

(٤) قوله: "ولا يمكنه [شفيع] الإشهاد إلخ" حتى لو أمكنه ذلك، وأشهد عند طلب المواثبة، بأن بلغه البيع بحضرة الشهود، والمشترى أو البائع حاضر، أو كان عند العقار يكفيه، ويقوم ذلك مقام الطلبين. (زيلعى)

(٥) أى بيان هذا الطلب.

(٦) أى القدورى.

(٧) أى يقوم. (ك)

(٨) قوله: "أو على المبتاع إلخ" أى المشترى أطلق هذا، ولم يقيد بكون الدار فى يد المشترى؛ لأن هذا لا يتفاوت، فإن الطلب عند المشترى صحيح، سواء كانت الدار فى يد المشترى، أو فى يد البائع، هذا كله من "الذخيرة". (ن)

(٩) البائع والمشترى.

(١٠) إلى المشترى.

(١١) قوله: "لم يصح الإشهاد عليه إلخ" كذا ذكره القدورى والناطفى، وذكر شيخ الإسلام أنه يصح استحسانًا. (ت)

(١٢) البائع.

(١٣) الشفيع.

الله تعالى.

قال[١]: ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب[٢] عند أبي حنيفة، وهو رواية عن أبي يوسف. وقال محمد: إن تركها[٣] شهراً بعد الإشهاد[٤] بطلت، وهو قول زفر، معناه[٥] إذا تركها[٦] من غير عذر. وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته؛ لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً، دل ذلك على إعراضه وتسليمه. وجه قول محمد: إنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري؛ لأنه لا يمكنه التصرف[٧] حذار نقضه من جهة الشفيع، فقدرناه بشهر؛ لأنه آجل، وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان[٨]. ووجه قول أبي حنيفة: وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى، أن الحق متى ثبت، واستقر[٩] لا يسقط إلا بإسقاطه، وهو التصريح بلسانه، كما في سائر الحقوق[١٠].

وما ذكر من الضرر[١١] يشكل[١٢] بما إذا كان[١٣] غائبًا، ولا فرق في حق المشتري

---

(١٤) عن قريب في هذا الباب.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) يريد به الطلب الثالث، وهو طلب الخصومة. (ع)

(٣) قوله: "إن تركها شهراً إلخ" قال شيخ الإسلام: الفتوى اليوم على هذا، لتغير أحوال الناس في الإضرار بالغير. (زيلعي)

(٤) قوله: "شهراً إلخ" وبرواية ثلاثة أيام؛ لأنها هي التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع. (ت)

(٥) قوله: "معناه إذا إلخ" وإنما قال معناه إذا تركها من غير عذر؛ لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك، ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته، وإن طالت المدة. (ع)

(٦) شفعة.

(٧) بالبناء وغيره.

(٨) قوله: "في الأيمان إلخ" قال في باب اليمين في تقاضي الدراهم، ما دون الشهر يعد قريبًا، والشهر وما زاد عليه يعد بعيداً، ولهذا يقال: عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر.

(٩) بالإشهاد.

(١٠) فإنها بعد الثبوت لا تسقط إلا بالإسقاط.

(١١) قوله: "وما ذكر من الضرر إلخ" جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع إذا كان غائبًا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر، فكما لا تبطل وهو غائب، لا تبطل وهو حاضر. (عناية)

(١٢) قوله: "يشكل إلخ" فإن قيل لا يشكل؛ لأن حالة الغيبة إنما لا تبطل دفعًا لضرر الشفيع، ودفع ضرر الشفيع مقدم على ضرر المشتري، وفيما إذا كان حاضراً لا يتحقق ضرر الشفيع؛ لتمكنه من الأخذ، قلنا: لما لم تبطل شفعته حالة الغيبة رعاية لحقه، وهو ضعيف، وعسى أن لا يطلب الشفعة، فههنا قد تقوى حقه وتقرر بالطلبين فلأن لا تبطل بالطريق الأولى. (ك)

بين الحضر والسفر[١]. ولو علم أنه لم يكن في البلدة قاضٍ لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً.

قال[٢]: وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي[٣]، فادعى الشراء[٤] وطلب الشفعة، سأل القاضي المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به[٥]، وإلا كلفه بإقامة البينة[٦]؛ لأن اليد ظاهر محتمل، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق.

قال[٧]: يسأل القاضي المدعى[٨] قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها؛ لأنه ادعى حقا فيها، فصار كما إذا ادعى رقبتها[٩]، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها[١٠]، فإن قال: أنا شفيعها[١١] بدار لي

(١٣) الشفيع.

(١) قوله: "ولا فرق إلخ" أي لا فرق في لزوم الضرر على المشترى من أن يكون الشفيع حاضرا أو غائبًا، ثم لا يعتبر الضرر فيما إذا كان غائبًا حيث لم يبطل حق الشفعة بتاخير هذا الطلب، وهو طلب الخصومة فيما إذا كان غائبًا بالاتفاق، فيجب أن لا يبطل أيضًا فيما إذا كان الشفيع حاضرا، وأخر طلب الخصومة. (نهاية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "وإذا تقدم الشفيع إلخ" هذا كيفية طلب الخصومة التي كان وعدها قبل هذا، فادعى الشراء وطلب الشفعة. (نهاية)

(٤) قوله: "فادعى الشراء إلخ" وصورة ذلك أن يقول الشفيع للقاضي، أن فلانًا اشترى دارًا، وبين مصرها ومحلتها وحدودها، وأنا شفيعها بدار لي، وبين حدودها، فمره بتسليمها إلي، وإنما يبين هذه الأشياء؛ لأن الدعوى إنما تصح في المعلوم، وإعلام العقار بهذه الأشياء. (نهاية)

(٥) فيها.

(٦) قوله: "وإلا كلفه إلخ" أي إن أنكر أن يكون شفيعها، بأن كان المدعى ادعى الشفعة بسبب الجوار، والمدعى عليه أنكر أن تكون الدار بجنب الدار المشتراة، وأن تكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدعى، فالقول قوله، وإن كانت تلك الدار في يد المدعى. وعلى المدعى أن يقيم البينة على أن تلك الدار ملكه؛ لأن اليد محتملة، يحتمل أن يكون يد ملك، ويحتمل أن تكون يد إجارة أو عارية، والمحتمل لا يصلح حجة، وأقصى ما فيه، أن الظاهر أن يده يد ملك، ولكن الظاهر يكفى لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يكفى لاستحقاق أمر لم يكن، وحاجة الشفيع إلى الاستحقاق على المشترى، والظاهر لا يكفى لذلك. (نهاية)

(٧) المصنف. (عيني)

(٨) شفيع.

(٩) دار.

(١٠) قوله: "لاختلاف أسبابها إلخ" فإن بعضهم قالوا: تثبت الشفعة للجار المقابل، وهو قول شريح ذكره في "المبسوط" إذا كان أقرب بابًا، وعندنا الشفعة على مراتب، فلا بد أن يبين سببها؛ لينظر القاضي أن ما زعمه سببًا هل هو سبب، وبعد أن يكون سببًا هل هو محجوب بغيره. (نهاية)

(١١) قوله: "فإن قال أنا إلخ" أي بين سببًا صالحًا، ولم يكن محجوبًا بغيره، سأله أنه متى علم، وكيف صنع حين علم؛ لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه، فلا بد من كشف ذلك، فإذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان، وعند من أشهد، وهل كان الذى أشهد عليه أقرب من غيره أم لا، فإذا بين ذلك كله، ولم يخل بشيء من

تلاصقها الآن، تم دعواه على ما قاله الخصاف، وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً، وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد[١].

قال[٢]: فإن عجز عن البينة استحلف[٣] المشترى بالله[٤] ما يعلم أنه مالك للذى ذكره مما يشفع به، معناه بطلب الشفيع[٥]؛ لأنه ادعى عليه معنى[٦]، لو أقر به لزمه، ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم[٧].

فإن نكل أوقامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها، وثبت الجوار، فبعد ذلك سأله القاضى، يعنى المدعى عليه، هل ابتاع أم لا؟ فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع: أقم البينة؛ لأن الشفة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة.

قال[٨]: فإن عجز عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع، أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذى ذكره، فهذا[٩] على الحاصل، والأول على السبب، وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله[١٠]، وإنما يحلفه على البتات؛ لأنه استحلاف على فعل نفسه، وعلى ما في يده أصالة، وفي مثله يحلف على البتات.

قال[١١]: وتجوز المنازعة في الشفعة وإن[١٢] لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس

شروطه، أتم دعواه وأقبل على المدعى عليه. (زيلعى)

(١) قوله: "بالتجنيس [هما معاً اسم كتاب واحد في الفتاوى للمصنف. ن] إلخ" فيه بيان ما استنبطه المتأخرون، ولم ينص عليه المتقدمون. (كشف الظنون)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) القاضى.

(٤) وكان المدعى عليه المشترى، وكان المبيع في يده.

(٥) متعلق باستحلف.

(٦) فإذا انكره لزم اليمين. (ع)

(٧) قوله: "فيحلف على العلم إلخ" هذا قول أبي يوسف، وعن محمد يحلف على البتات؛ لأن المدعى يدعى عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره، وهو ينكره، وهناك يحلف على البتات، كذا ههنا. (ك)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى الحلف الثانى حلف على الحاصل.

(١٠) قوله: و ذكرنا الاختلاف إلخ" وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى، بقوله "فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه" إلى ما قال: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

القاضي، فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن؛ وهذا ظاهر رواية "الأصل"[١]. وعن محمد أنه لا يقضي[٢] حتى يحضر الشفيع الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن الشفيع عساه يكون مفلسًا، فيتوقف القضاء على إحضاره[٣] حتى لا يتوى[٤] مال المشتري. وجه الظاهر[٥] أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء[٦]، ولهذا لا يشترط تسليمه[٧]، فكذا لا يشترط إحضاره[٨].

وإذا قضى له[٩] بالدار، فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن، وينفذ القضاء عند محمد أيضًا[١٠]؛ لأنه فصل مجتهد فيه[١١]، ووجب عليه الثمن فيحبس فيه[١٢]، فلو أخر[١٣] أداء الثمن بعد ما قال[١٤] له: ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته؛ لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي.

قال[١٥]: وإن أحضر[١٦] الشفيع البائع والمبيع في يده، فله أن يخاصمه في

(١٢) الواو وصلية.

(١) قوله: "وهذا ظاهر رواية الأصل [مبسوط] إلخ" إنما قال هذا ظاهر رواية الأصل، ولم يقل هذا رواية الأصل؛ لأنه لم يصرح في الأصل هكذا، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير إحضار الثمن؛ لأنه قال للمشتري أن يحبس الدار، حتى يستوفي الثمن منه، أو من ورثته إن مات. (ع)

(٢) بالشفعة.

(٣) ثمن.

(٤) أي لا يهلك.

(٥) أي ظاهر الرواية.

(٦) قوله: "إنه لا ثمن له عليه إلخ" يعني لا ثمن للمشتري على الشفيع قبل قضاء القاضي بالشفعة للشفيع، فكيف يطلب المشتري الثمن من الشفيع قبل الوجوب، فلا بد من قضاء القاضي له بالشفعة، حتى يتمكن المشتري من مطالبة الثمن عن الشفيع، إلى هذا أشار في "المبسوط". (نهاية)

(٧) أي تسليم الثمن قبل القضاء.

(٨) ثمن.

(٩) أي للشفيع.

(١٠) وإن كان عنده أنه لا يقضي حتى يحضر الثمن.

(١١) قوله: "لأنه فصل إلخ" يعني أن عند محمد لا يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن، ومع هذا لو قضى بها قبل الإحضار ينفذ القضاء عنده أيضًا؛ لوقوعه في محل مجتهد فيه. (مل)

(١٢) قوله: "فيحبس إلخ" أي يحبس المبيع في يد المشتري، حتى يأخذ الثمن. (نهاية)

(١٣) الشفيع.

(١٤) القاضي.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) إلى الحاكم. (ع)

الشفعة؛ لأن اليد له[١] وهي يد مستحقة، ولا يسمع القاضي البينة[٢] حتى يحضر المشترى، فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع، ويجعل العهدة عليه؛ لأن الملك للمشترى واليد للبائع، والقاضي يقضي بهما[٣] للشفيع. فلا بد من حضورهما[٤]. بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع؛ لأنه صار أجنبيا إذ لا يبقى له يد ولا ملك.

وقوله: "فيفسخ البيع بمشهد منه" إشارة إلى علة أخرى[٥]، وهي أن البيع في حق المشترى إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه، ثم وجه هذا الفسخ المذكور[٦] أن ينفسخ في حق الإضافة[٧]؛ لامتناع قبض المشترى بالأخذ بالشفعة[٨]، وهو يوجب الفسخ، إلا أنه يبقى[٩] أصل البيع[١٠] لتعذر انفساخه؛ لأن

(١) قوله: "لأن اليد له إلخ" وهي يد مستحقة أي معتبرة، كيد المالك، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن، ولو هلك في يده هلك من ماله، وإنما قال ذلك احترازاً عن يد المودع والمستعير، ومن له يد كذلك، فهو خصم من ادعى عليه. (عناية)

(٢) على البائع. (عناية)

(٣) أي باليد والملك.

(٤) أي حضور البائع والمشترى.

(٥) قوله: إلى علة أخرى إلخ" فيكون اشتراط حضور المشترى معلولا بعلتين، بعلة أنه يصير مقضيا عليه في حق الملك؛ لأنه ذكر قبل هذا بقوله؛ لأن الملك للمشترى واليد للبائع، والقاضي يقضي بهما للشفيع، فلا بد من حضورهما، وبعلة أنه يصير مقضياً عليه في حق الفسخ، كما ذكره ههنا بقوله ليقضى بالفسخ عليه، والقضاء على الغائب لا يجوز ملكًا أو فسخًا، فلا بد من حضوره. (ن)

(٦) وهو قوله فيفسخ البيع بمشهد منه.

(٧) قوله: "أن ينفسخ في حق الإضافة إلخ" أي إضافة العقد إلى المشترى، فكأنه جدد العقد وأضافه إلى الشفيع، فكان البائع باعها من الشفيع. فإن قيل: فعلى هذا لا يكون أخذاً بالشفعة، بل بالشراء من البائع، ولهذا يرجع بالعهدة عليه، قلنا: نعم! لكنه يسمى أخذا بالشفعة نظرا إلى الظاهر. (أعظمي)

قوله: "في حق الإضافة إلخ" فإن قول البائع للمشترى "بعت" إيجاب للبائع، وقوله منك إضافة إليه، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة كان ذلك البيع أضيف إلى الشفيع، بعد أن كان مضافًا إلى المشترى، فينتقض البيع في حق الإضافة، لا أنه ينتقض أصل العقد، كما إذا رمى سهمًا إلى إنسان فتقدم عليه غيره، فأصابه، فالرمي في نفسه لم يتبدل، ولكن الإرسال والتوجيه على الأول، قد انقطع بتخلل هذا الثاني، فخرج من أن يكون مقصوداً بالرمي، فكذا ههنا تحولت الصفقة إليه، كأن العقد من الابتداء وقع معه. (كافي)

(٨) قوله: "لامتناع إلخ" تعليل لقوله أن ينفسخ في حق الإضافة، يعني ينتفي قبض المشترى بسبب أخذ الشفيع الدار من البائع لا محالة، فلما انتفى قبضه وجب القول بالفسخ؛ لكنه لم يمكن الفسخ من الأصل، لئلا يتعذر الشفعة، فقيل بالانفساخ من حيث الإضافة. (عن)

(٩) قوله: "إلا أنه يبقى إلخ" أي ليس المراد أنه ينتقض البيع أصلا؛ لأنه لو انفسخ من الأصل لم يكن للشفعة وجود؛ لأن الشفعة تقتضي سابقية وجود البيع. (عن)

الشفعة بناء عليه، ولكنه تتحول الصفقة إليه، ويصير كأنه هو المشترى منه، فلهذا يرجع بالعهدة على البائع[١]. بخلاف ما إذا قبضه المشترى فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه؛ لأنه تم ملكه بالقبض، وفى الوجه الأول[٢] امتنع قبض المشترى، وإنه[٣] يوجب الفسخ، وقد طولنا الكلام فيه في "كفاية المنتهى" بتوفيق الله تعالى.

قال[٤]: ومن اشترى داراً لغيره، فهو الخصم للشفيع؛ لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد، فيتوجه عليه.

قال[٥]: إلا أن يسلمها إلى الموكل؛ لأنه لم يبقَ له يد ولا ملك، فيكون الخصم هو الموكل، وهذا؛ لأن الوكيل كالبائع من الموكل[٦] على ما عرف، فتسليمه[٧] إليه[٨] كتسليم البائع إلى المشترى، فتصير الخصومة معه[٩]. إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل[١٠]، فيكتفى بحضوره فى الخصومة قبل التسليم[١١]، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب، فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت فى يده؛ لأنه عاقد، وكذا[١٢] إذا كان البائع وصيًا لميت[١٣] فيما يجوز بيعه[١٤]؛ لما ذكرنا[١٥].

---

(١٠) الذى صدر من البائع.

(١) قوله: "فلهذا إلخ" أى فلتحول الصفقة إليه يرجع بالعهدة على البائع؛ لأنه تابع كما كان، ولو كان بعقد جديد كانت على المشترى. (ع)

(٢) أى فيما إذا كان فى يد البائع.

(٣) أى أن امتناع قبض المشترى.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) لأنه يجرى بينهما مبادلة حكمية كما عرف.

(٧) وكيل.

(٨) موكل.

(٩) موكل.

(١٠) قوله: "إلا أنه [وكيل] مع ذلك إلخ" فإن قيل لو كان الوكيل كالبائع، والموكل كالمشترى يشترط حضورهما، كما شرط ثمة. قلنا: أنه نائب عن الموكل، فكان حضوره كحضور الموكل فى الخصومة قبل التسليم، بخلاف البائع مع المشترى، فإنه لا يكتفى بحضرة البائع حتى يحضر المشترى؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشترى. (كافى)

(١١) قوله: "فيكتفى بحضوره [وكيل] إلخ" أى بخلاف البائع مع المشترى، فإنه لا يكتفى بحضرة البائع، حتى يحضر المشترى؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشترى، وكان هذا جواب لسؤال يرد على قوله، وهذا لأن إلخ، وهو أن يقال لو كان هو كالبائع والموكل كالمشترى يشترط حضورهما كما شرط ثمة، فأجاب بأن الوكيل مع ذلك قائم مقام الموكل، فيكتفى بحضوره قبل التسليم إلى الموكل. (كفاية)

(١٢) أى يكون الخصم للشفيع هو الوصى.

(١٣) قوله: "إذا كان البائع وصيًا لميت" فيما يجوز بيعه قيد به؛ لأنه لا يجوز بيع الوصى ولا شرئه، إلا بما يتغابن

قال[١] : وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها، فله خيار الروية، وإن وجد بها عيبًا، فله أن يردها، وإن[٢] كان المشترى شرط البراءة منه[٣]؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء. ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال، فيثبت فيه الخياران[٤]، كما في الشراء، ولا يسقط[٥] بشرط البراءة من المشترى، ولا برؤيته[٦]؛ لأنه[٧] ليس بنائب عنه، فلا يملك[٨] إسقاطه.

فصل في الاختلاف[٩]

قال[١٠]: وإن اختلف الشفيع والمشترى في الثمن، فالقول قول المشترى؛ لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه[١١] عند نقد الأقل، وهو[١٢] ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان؛ لأن الشفيع إن كان يدعى عليه[١٣] استحقاق الدار[١٤]، فالمشترى لا يدعى عليه[١٥] شيئًا لتخيره بين الترك والأخذ، ولا نص ههنا[١٦]، فلا

الناس، فلا يجوز فيما لا يتغابن الناس في مثله؛ لأن ولاية الوصى نظرية، ولا نظر في الغبن الفاحش، فلا يجوز ذلك. (ن)

(١٤) قوله: "فيما يجوز بيعه إلخ" ذكر في الباب الأول من شفعة "المبسوط"، البائع إذا كان وصيًا للميت، إلا أن الورثة كبار كلهم، وليس على الميت دين، ولم يوص بشيء يباع فيه الدار، لم يجز بيع الوصى؛ لأن الملك للورثة، وهم متمكنون من النظر لأنفسهم، وإن كان فيهم صبى صغير جاز بيع الوصى في الدار جميعًا. وكذلك إن كان عليه دين، أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو استحسان، ذهب إليه أبو حنيفة، وفي القياس لا يجوز بيعه، إلا في نصيب الصغير خاصة، أو بقدر الدين والوصية، ثم فيما جاز بيعه كا ن للشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة إذا كانت في يده. (ك)

(١٥) من أنه هو العاقد.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الواو وصلية.

(٣) عيب.

(٤) أى خيار الرؤية وخيار العيب.

(٥) الخيار.

(٦) المشترى .

(٧) مشترى.

(٨) المشترى.

(٩) قوله: "فصل في الاختلاف إلخ" لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع و المشترى في الثمن، وهو الأصل، شرع في بيا ن مسائل الاختلاف بينهما فيه. (ن)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) مشترى.

(١٢) مشترى.

(١٣) مشترى.

(١٤) عند نقد أقل الثمنين.

يتحالفان. قال[١]: ولو أقاما البينة، فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البينة بينة المشترى؛ لأنها أكثر إثباتًا، فصار كبينة البائع[٢]، والوكيل[٣]، والمشترى[٤] من العدو[٥]. ولهما أنه لا تنافي بينهما[٦]، فيجعل[٧] كأن الموجود بيعان[٨]، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء، وهذا بخلاف البائع مع المشترى[٩]؛ لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول.

وههنا الفسخ[١٠] لا يظهر في حق الشفيع، وهو التخريج لبينة الوكيل؛ لأنه كالبائع والموكل[١١] كالمشترى منه، كيف[١٢]؟ وإنها[١٣] ممنوعة على ما روى عن

---

(١٥) لأنه لا يجب له على الشفيع شيء، حتى يحلف الشفيع. (نهاية)

(١٦) قوله: "ولا نص ههنا إلخ" إنما النص في حق البائع والمشترى مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك، فوجب اليمين لذلك في الطرفين، ولم يوجد الإنكار ههنا في طرف الشفيع، فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص، فلذلك لم يجب التحالف ههنا، وإن كان الشفيع والمشترى بمنزلة البائع والمشترى، ولكن لمعنى فارق بينهما، لم يكن ورود النص بالتحالف هناك بمنزلة الورود ههنا. (ن)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "كبينة البائع إلخ" أي مع المشترى، يعني لو اختلف البائع والمشترى في مقدار الثمن، وأقاما البينة كانت البينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة. (ك)

(٣) قوله: "والوكيل إلخ" أي كبينة الوكيل مع بينة الموكل، فإن الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا في مقدار الثمن، وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل؛ لأنها تثبت الزيادة. (ك)

(٤) قوله: "والمشترى من العدو إلخ" أي وكبينة المشترى من العدو مع بينة المولى القديم، فإن المشترى من العدو الحربي مع المولى القديم إذا اختلفا في ثمن المأثور، وأقاما البينة كانت البينة بينة المشترى من العدو، لما فيه من إثبات الزيادة. (ن)

(٥) قوله: "من العدو" صورتش آن است كه مسلماني براى تجارت داخل دار حرب بامان كافر گرديد، وخريده آورد بنده زيد را مثلا از دست كافرى كه بغاوت برده بود بدار حرب وخواست مالك قديم اعنى زيد كه بنده خودرا ازان مرد تاجر بيهائى كه او خريده است بآن بگيرد واختلاف واقع شد ميان زيد وآن مرد تاجر در مقدار بهاى آن وهر دو بينه آوردند برمدعاى خويش پس معتبر بينه تاجر ست كه اثبات زياده ميكند. (ترجمه)

(٦) قوله: "أنه لا تنافي بينهما إلخ" أي بين البينتين في حق الشفيع؛ لجواز تحقق البيعين مرة بألف، وأخرى بألفين على ما شهد عليه البينتان، وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه، فجاز أن يجعلا موجودين في حقه، وله أن يأخذ بأيهما شاء. (ع)

(٧) يعني يجعل في حق الشفيع كان الشرائين ثابتان. (كافي)

(٨) ولو اشترى مرتين، مرة بألف ومرة بألفين، كان للشفيع أن يأخذ بأيهما شاء. (كافي)

(٩) قوله: "وهذا بخلاف البائع إلخ" فإن العمل بالبينتين ثمه غير ممكن، فالعقد الثاني لا يتصور إلا بانفساخ الأول في حقهما، فصرنا إلى الترجيح بالزيادة، وههنا الفسخ لا يتصور في حق الشفيع، فأمكن اعتبار البيعين في حقه، فلا يصار إلى الترجيح. (كافي)

(١٠) فإن الفسخ يكون بين العاقدين، والشفيع ثالثهما.

(١١) فلا يمكن توالي العقدين بينهما إلا بانفساخ الأول، فتعذر التوفيق. (عناية)

(١٢) أي كيف يصح القياس.

محمد[١]. وأما المشترى[٢] من العدو، فقلنا: ذكر فى "السير الكبير" أن البينة بينة[٣] المالك القديم فلنا: أن نمنع، وبعد التسليم[٤] نقول: لا يصح الثانى هنالك إلا بفسخ الأول، أما ههنا فبخلافه؛ ولأن بينة الشفيع ملزمة[٥] وبينة المشترى غير ملزمة، والبينات للإلزام.

قال[٦]: وإذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن، أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشترى؛ وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به، وإن كان على ما قال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن، وهذا الحط يظهر فى حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى[٧]؛ ولأن التملك على البائع بإيجابه[٨]، فكان القول قوله[٩] فى مقدار الثمن ما بقيت مطالبته، فيأخذ الشفيع بقوله[١٠].

قال: ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان[١١] ويترادان[١٢]، وأيهما نكل ظهر أن

---

(١٣) الواو حالية.

(١) قوله: "على ما روى عن محمد إلخ" فإن ابن سماعة روى عن محمد أن البينة بينة الموكل؛ لأن الوكيل صدر منه إقراران بحسب ما يوجبه البينتان، فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء، فأما فى ظاهر الرواية فقلنا: الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى، ولهذا يجرى التحالف بينهما عند الاختلاف فى الثمن. (ك)

(٢) أى المشترى من العدد والمالك القديم إذا اختلفا.

(٣) لأنها ملزمة. (زيلعى)

(٤) أى لئن سلمنا أن البينة للمشترى، فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر إذ لا يصح إلخ. (ع)

(٥) قوله: "ولأن بينة إلخ" ما مر كان طريقة لأبى حنيفة فى هذه المسألة، حكاها محمد، وهذه طريقة ثانية حكاها أبويوسف، وبيانه أنه إذا قبلت بينة الشفيع، وجب على المشترى تسليم الدار إليه بألف، شاء أو أبى، وإذا قبلت بينة المشترى لا يجب على الشفيع شىء، ولكنه يتخير إن شاء أخذ وإن شاء ترك؛ والملزم من البينتين مرجح، وبه فارق بينة البائع مع المشترى؛ لأن كل واحد من البينتين هناك ملزمة. وكذلك بينة الوكيل مع الموكل، وكل واحد منهما ملزمة، فلذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة، وفى مسألة المشترى من العدو على هذه الطريقة، البينة بينة المولى القديم؛ لأنها ملزمة، وبينة المشترى غير ملزمة، كذا فى الباب الأول من شفعة المبسوط. (ك)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) فى مبدأ الفصل الآتى.

(٨) قوله: "ولأن التملك [أى تملك الشفيع] إلخ" هذا وجه آخر، وإنما كان التملك على البائع بإيجابه؛ لأنه لو لم يقل "بعت" لا يثبت للشفيع شىء، ألا يرى أنه لو أقر بالبيع وأنكره المشترى يثبت له حق الأخذ. (عناية)

(٩) بائع.

(١٠) بائع.

(١١) البائع والمشترى إن لم يكن بينة.

(١٢) للحديث المعروف. (ع)

الثمن ما يقوله الآخر، فيأخذها الشفيع بذلك، وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف(١)، ويأخذها الشفيع بقول البائع؛ لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع(٢). قال(٣): وإن كان(٤) قبض الثمن أخذ(٥) بما قال المشتري إن شاء، ولم يلتفت إلى قول البائع؛ لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد، وخرج هو من البين، وصار هو كالأجنبي، وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع، وقد بيناه(٦).

ولو كان نقد الثمن غير ظاهر(٧)، فقال البائع: بعت الدار بألف، وقبضت الثمن، يأخذها الشفيع بألف؛ لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع، تعلقت الشفعة به(٨)، فبقوله بعد ذلك: قبضت الثمن يريد إسقاط(٩) حق الشفيع(١٠)، فيرد عليه(١١)، ولو قال: قبضت الثمن، وهو ألف لم يلتفت إلى قوله(١٢)؛ لأن بالأول -وهو الإقرار بقبض الثمن- خرج من البين، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن.

فصل فيما يوخذ به المشفوع(١٣)

قال(١٤): وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن(١٥) يسقط ذلك عن الشفيع،

---

(١) سابقًا.

(٢) قوله: "لأن فسخ البيع [كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاض. كافي] إلخ" يعني أن الفسخ وإن كان بالقضاء لا يظهر في حق الشفيع؛ لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم، ولأن الفسخ مقرر لحق الشفيع لا رافع، ولهذا ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري بالأخذ بالشفعة. (ك)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) بائع.

(٥) الشفيع.

(٦) عن قريب بقوله: "وإن اختلف الشفيع والمشتري إلخ.

(٧) أي غير معلوم، والمسألة بحالها.

(٨) قوله: "تعلقت الشفعة به [أي بالبيع بذلك المقدار. ع] إلخ" لأنه أخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان، فبنى الحكم عليه، ثم بقوله قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع في الأخذ بما قاله فيرد عليه، بخلاف ما إذا أقر باستيفاء الثمن أولا؛ لأنه بذلك خرج من البين، فلم يقبل بيانه، وقد خرج من البين. (ك)

(٩) أي عن نفسه.

(١٠) المتعلق بإقراره من الثمن. (ع)

(١١) هذا القول.

(١٢) قوله: لم يلتفت [ويأخذ بما قال المشتري. ع] إلى قوله إلخ" وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع، فأقر بقبض الثمن، وزعم أنه ألف، فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع، فيرجع إلى قوله. (ع)

(١٣) قوله: "فصل إلخ" لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل؛ لأنه المقصود من حق الشفعة، شرع في بيان ما يؤخذ به، وهو التبع؛ لأن الذي يؤخذ به المشفوع هو الثمن. (نهاية)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع ؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد، فيظهر فى حق الشفيع ؛ لأن الثمن ما(١) بقى(٢).

وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع(٣) عليه بذلك القدر(٤)، بخلاف حط الكل(٥) ؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال(٦)، وقد بيناه في البيوع(٧).

وإن زاد المشترى(٨) للبائع لم تلزم الزيادة فى حق الشفيع(٩) ؛ لأن فى اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع ؛ لاستحقاقه(١٠) الأخذ بما دونها(١١).

بخلاف الحط ؛ لأن فيه(١٢) منفعة له(١٣)، ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول، لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول ؛ لما بينا(١٤) كذاهذا.

قال(١٥) : ومن اشترى داراً بعرض(١٦) أخذها الشفيع بقيمته(١٧) ؛ لأنه من ذوات

---

(١٥) قوله: "بعض الثمن إلخ" حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان فى باب المرابحة دون الشفعة؛ لأن فى المرابحة ليس فى إلزام الزيادة إبطال حق مستحق، بخلاف الشفعة، فإن الزيادة فيها إبطال حق يثبت للشفيع بإقرار. (م)

(١) أى الذى بقى. (نهاية)

(٢) والشفيع يأخذ بالثمن.

(٣) الشفيع.

(٤) إن كان الشفيع أوفاه الثمن. (زيلعى)

(٥) فيجب الشفعة بكل الثمن.

(٦) قوله: "لأنه لا يلتحق إلخ" وذلك لأن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد، فإما أن يصير العقد هبة، ولا شفعة للشفيع في الهبة، أو يصير بيعاً بلا ثمن، فيكون فاسداً، ولا شفعة فى البيع الفاسد، فيؤدى إلى إبطال حق الشفيع. (ك)

(٧) فى فصل قبيل الربا. (م)

(٨) فى الثمن.

(٩) وإن كانت الزيادة تلتحق بأصل العقد أيضاً. (زيلعى)

(١٠) شفيع.

(١١) زيادة.

(١٢) أى فى الأخذ بالحط.

(١٣) شفيع.

(١٤) قبل هذا الفصل.

(١٥) أى القدورى (عينى)

(١٦) أى متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا. (م)

(١٧) قوله: "بقيمته إلخ" أى بقيمة العرض عندنا، وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار، دفعا للضرر عن المشترى بوصول قيمة ملكه إليه، ولنا أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشترى، والمثل نوعان، كامل وهو المثل صورة ومعنى، وقاصر وهو المثل معنى، فإن اشتراها بمكيل أو موزون، أخذها بمثله لقدرته على المثل الكامل؛ لأنهما من ذوات الأمثال.

القيم، وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله؛ لأنهما من ذوات الأمثال، وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما تملكه، فيراعى بالقدر الممكن[١]، كما في الإتلاف[٢]، والعددي المتقارب من ذوات الأمثال.

وإن باع عقاراً بعقار، أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر؛ لأنه[٣] بدله، وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته، قال[٤]: وإذا باع بثمن مؤجل، فللشفيع الخيار[٥] إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء صبر، حتى ينقضى الأجل، ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل. وقال زفر: له ذلك، وهو قول الشافعى فى القديم؛ لأن كونه[٦] مؤجلا وصف فى الثمن[٧]، كالزيافة والأخذ بالشفعة به، فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف[٨]. ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع، أو المبتاع، وليس الرضا به[٩] فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع[١٠]؛ لتفاوت الناس فى الملاءة[١١]، وليس الأجل وصف الثمن[١٢]؛ لأنه حق المشترى، ولو كان[١٣] وصفاً له لتبعه، فيكون[١٤] حقاً

وإن اشتراها بعرض أخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل؛ لأنه من ذوات القيم، ولئن كان بيع الشيء بالقيمة فهو فى حال البقاء، فصار كما لو استحق أحد العبدين، ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء، لا وقت الأخذ بالقيمة. (ك)

(١) فإن كان له مثل صورة ملكه به، وإلا فالمثل من حيث المالية، وهو القيمة. (ع)

(٢) قوله: "كما فى الإتلاف إلخ" فإنه عند تعذر أداء العين يرد المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا مثل له. (ن)

(٣) لأن كل واحد منهما بدل الآخر.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "فللشفيع الخيار إلخ" قال فى "الذخيرة": هذا إذا كان الأجل معلوما، فأما إذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك، فقال الشفيع: أنا أعجل الثمن وآخذها، لم يكن له ذلك؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد، وحق الشفيع لا يثبت فى الشراء الفاسد. (نهاية)

(٦) ثمن.

(٧) يقال: دين مؤجل ودين حال. (نهاية)

(٨) قوله: "كما فى الزيوف إلخ "فللشفيع حق الأخذ بالثمن الذى يملك به المشترى بصفة، كما لو اشترى بألف زيوف، يأخذ الشفيع بالزيوف. (كافى)

(٩) قوله: "وليس الرضاء به [أى بالأجل] إلخ" دليل آخر، تقريره: أنه لا بد في الشفعة من الرضاء؛ لكونها مبادلة، ولا رضاء فى حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل؛ لأن الرضاء به في حق المشترى ليس برضاء في حق الشفيع؛ لتفاوت الناس فى الملاءة. (ع)

(١٠) قوله: رضاء به إلخ "وليس من لوازم العقد، فاشتراطه فى حق المشترى لايكون اشتراطاً في حق الشفيع، كالخيار والبراءة من العيوب. (زيلعى)

(١١) بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم، ملؤ الرجل ملاءة توانگر ومالدار ونيكو معامله گرديد.

(١٢) قوله: "وليس الأجل إلخ "جواب عن قول زفر، يعنى أن وصف الشيء يتبعه لا محالة، وهذا ليس كذلك، فإن

للبائع كالثمن، وصار كما إذا اشترى شيئًا بثمن مؤجل، ثم ولاه[١] غيره، لا يثبت الأجل[٢] إلا بالذكر، كذا هذا. ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري؛ لما بينا من قبل[٣]، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان؛ لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع، فبقى موجبه[٤]، فصار كما إذا باعه بثمن حال، وقد اشتراه مؤجلا[٥]، وإن اختار الانتظار[٦] له ذلك؛ لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية.

وقوله في "الكتاب"[٧]: وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل مراده الصبر عن الأخذ، أما الطلب عليه في الحال، حتى لو سكت عنه[٨] بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافًا لقول أبي يوسف الآخر[٩]؛ لأن حق الشفعة[١٠] إنما يثبت بالبيع[١١]، والأخذ[١٢] يتراخى عن الطلب، وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا، فيشترط الطلب عند العلم بالبيع.

الثمن حق البائع، والأجل حق المشتري على البائع، فكيف يكون الأجل صفة للثمن. (مل)

(١٣) الأجل.

(١٤) الأجل.

(١) أي باعه بالتولية.

(٢) في حقه.

(٣) قوله: "لما بينا إلخ" أي في أواخر باب طلب الشفعة، وهو أن البيع انفسخ في حق المشتري، وقام الشفيع مقام المشتري في حق إضافة العقد إليه، وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشتري. (ك)

(٤) الرجوع.

(٥) فالبائع الأول يرجع على الثاني بالثمن المؤجل.

(٦) أي إلى انقضاء الأجل.

(٧) أي القدوري.

(٨) طلب.

(٩) قوله: "خلافًا لقول أبي يوسف الآخر إلخ" وكان أبو يوسف يقول أولا كقولهما، ثم رجع عنه وقال: لا تبطل شفعته بالتأخير إلى حلول الأجل؛ لأن الطلب ليس بمقصود لعينه، بل للأخذ، وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ، فلا فائدة في طلبه في الحال، فسكوته لا يكون دليل الإعراض عن الأخذ، بل لأنه لم ير فيه فائدة.

وجوابه: إنا لا نسلم أن المقصود به الأخذ ولئن كان، فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال، بل هو متمكن منه، بأن يؤدي الثمن حالا. (مل)

(١٠) دليل للطرفين.

(١١) أي عند العلم به. (ع)

(١٢) بالشفعة.

قال[١]: وإن اشترى ذمى[٢] بخمر أو خنزير داراً، وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير؛ لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم، وحق الشفعة يعم المسلم والذمى، والخمر لهم كالخل لنا، والخنزير كالشاة، فيأخذ[٣] فى الأول بالمثل والثانى بالقيمة.

قال[٤]: وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير[٥]، أما الخنزير فظاهر[٦]، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم فى حق المسلم، فالتحق[٧] بغير المثلى، وإن كان شفيعها مسلمًا وذميًا، أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر، والذمى نصفها بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعض بالكل، فلو أسلم الذمى[٨] أخذها بنصف قيمة الخمر؛ لعجزه عن تمليك الخمر، وبالإسلام يتأكد حقه[٩] لا أن يبطل، فصار كما إذا اشتراها بكرّ من رطب[١٠]، فحضر الشفيع بعد انقطاعه[١١]، يأخذها بقيمة الرطب[١٢]، كذا هذا.

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "أو اشترى ذمى [من ذمى داراً، أو بيعةً، أو كنيسةً] إلخ" قوله:ذمي احتراز عن المسلم، فإن شراء المسلم بما ذكر فاسد لا شفعة فيه، وقوله بخمر أو خنزير احتراز عما إذا اشترى الذمى بميتة أو دم، فإن الشراء بهما باطل لا شفعة فيه، أو عن الشراء بما هو متقوم عند الكل، فإن الحكم لا يختلف فيه بين المسلم والذمى.

وقوله: وشفيعها ذمى احترز به عن المرتد، فإن المرتد لا شفعة له، سواء قتل فى ردته، أو مات، أو لحق بدار الحرب، ولا لورثته؛ لأن الشفعة لا تورث، وأما الحربى المستأمن فى وجوب الشفعة له وعليه فى دار الإسلام سواء بمنزله الذمى؛ لأنه من جملة المعاملات، وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه فى دارنا، فيكون بمنزلة الذمى فى ذلك. (ك)

(٣) الشفيع.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "بقيمة الخمر والخنزير إلخ" لا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام الخنزير، فوجب أن يحرم على المسلم تمليكه، بخلاف قيمة الخمر على ما عرف فى موضعه؛ لأنا نقول: إنما يحرم عليه تمليكها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير، أما إذا كانت بدلا عن غيره فلا، وهى ههنا بدل عن الدار، وطريق معرفة قيمة الخمر و الخنزير الرجوع إلى ذمى أسلم، أو فاسق تاب، فإن وقع الاختلاف فى ذلك، فالقول قول المشترى، بمثل ما إذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن. (مل)

(٦) فإنه من ذوات القيم.

(٧) الخمر.

(٨) بعد ثبوت حق الشفعة له.

(٩) قوله: "وبالإسلام [أى بإسلام الشفيع] إلخ" ولو أسلم أحد المتعاقدين، والخمر غير مقبوضة انتقض البيع؛ لأن الإسلام يمنع قبضها، ولكن لا تبطل الشفعة؛ لأنها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه. (زيلعى)

(١٠) قوله: "كما إذا اشتراها إلخ" وكذا كل ما يكون الثمن مثليًا، فانقطع قبل الأخذ بالشفعة، فإنه يأخذه بقيمته للتعذر. (زيلعى)

(١١) عن السوق.

فصل[١]

قال[٢]: وإذا بنى المشتري فيها، أو غرس، ثم قضى للشفيع بالشفعة، فهو بالخيار، إن شاء أخذها بالثمن[٣]، وقيمة البناء والغرس[٤] وإن شاء كلف المشترى قلعه[٥]، وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع، ويخير بين أن يأخذ بالثمن، وقيمة البناء و الغرس، وبين أن يترك، وبه قال الشافعی، إلا أن عنده له أن يقلع، ويعطى قيمة البناء[٦]. لأبی یوسف أنه محق فی البناء[٧]؛ لأنه بناه على أن الدار ملكه، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان، وصار كالموهوب له[٨] والمشترى شراءً فاسداً، وكما إذا زرع المشترى؛ فإنه لا يكلف القلع[٩]، وهذا[١٠] لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين[١١] بتحمل الأدنى، فيصار إليه.

ووجه ظاهر الرواية أنه بنى فى محل تعلق به حق متأكد للغير[١٢] من غير تسليط

---

(١٢) وإن كان مثلياً.

(١) قوله: "فصل" الأصل فى المشفوع عدم التغير، والتغير بالزيادة، أو النقصان بفعل نفسه، أو بفعل الغير عارض، فكان جديراً بالتأخير فى فصل على حدة. (ع)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) الذى اشتراه به المشترى. (ع)

(٤) درخت در زمین نشانده شده. (م)

(٥) فيأخذ الأرض فارغة.

(٦) قوله: "ويعطى قينة البناء [أى نقصان البناء الذى حصل بالقلع] إلخ" أى يضمن أرش النقصان والبناء للمشترى، فالحاصل أن عند أبي يوسف إن شاء أخذه بقيمة البناء، والغرس قائمين على الأرض غير مقلوعين، وإن شاء ترك. وعند الشافعی له خيارات ثلاث: اثنان ما قاله أبويوسف، والآخر أن له أن يقلع البناء، ويضمن أرش النقصان، والتفاوت بين قول الشافعی وبين قولهما فی الأمر بالقلع، أن عنده يضمن نقصان القلع، وعندهما لا يضمن نقصانه، وذكر فی التنبيه لأصحاب الشافعی، أن للشفيع أن يقلع، والمقلوع للمشترى ويضمن الشفيع أرش القلع. (ك)

(٧) والمحق بالبناء لا يكلف القلع. (ع)

(٨) قوله: "وصار كالموهوب له إلخ" يعنى أن الموهوب له إذا بنى فى الأرض الموهوبة ليس للواهب أن يقلع بناءه، ويرجع فى الأرض؛ لأنه بناه فى ملكه، وكذلك المشترى شراء فاسداً عند أبى حنيفة، وكما أذا زرع المشترى ثم جاء الشفيع، فإنه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع. (ك)

(٩) أى قلع البناء. (ك)

(١٠) أى ما قلنا: إنه لا يكلف القلع. (ع)

(١١) قوله: "دفع أعلى الضررين [وهو ضرر المشترى، وهو القلع من غير عوض يقابله. ع] إلخ" بيانه أنه اجتمع ههنا ضرران؛ لأنه فى تكليف المشترى القلع ضرر، لا جابر له، ولو أوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الأخذ، يلزمه ضرر زيادة الثمن، إلا أن له جابرا؛ لأنه يدخل فى مقابلته فى ملكه عوض، وهو البناء والضرر ببدل أهون من الضرر بغير بدل، فيصار إليه. (ك)

من جهة من له الحق[١]، فينقض[٢] كالراهن[٣] إذا بنى[٤] في المرهون، وهذا[٥] لأن حقه أقوى من حق المشترى[٦]؛ لأنه يتقدم عليه، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته[٧].

بخلاف الهبة[٨] والشراء الفاسد عند أبي حنيفة؛ لأنه حصل[٩] بتسليط من جهة من له الحق؛ ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف[١٠]، ولهذا لا يبقى بعد البناء[١١]، وهذا الحق[١٢] يبقى، فلا معنى لإيجاب القيمة[١٣] كما في الاستحقاق[١٤]، والزرع[١٥] يقلع قياسًا، وإنما لا يقلع استحسانًا؛ لأن له نهاية معلومة، ويبقى بالأجر، وليس فيه[١٦] كثير ضرر[١٧]، وإن أخذه بالقيمة[١٨] يعتبر قيمته مقلوعًا[١٩]، كما بيناه

---

(١٢) بحيث لا يقدر المشترى على إسقاطه جبراً. (ع)

(١) قوله: من غير تسليط من جهة إلخ" احتراز عن الموهوب له والمشترى بالشراء الفاسد، فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع. (ع)

(٢) والبناء والغرس.

(٣) ينقض بناء المرتهن.

(٤) المرتهن.

(٥) أى النقض.

(٦) قوله: لأن حقه أقوى إلخ" فلا مساوات بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر؛ لأن الترجيح إنما يصار إليه عند التساوى. (زيلعى)

(٧) كما إذا جعل المشترى الأرض مسجدا أو مقبرة. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف [أى بخلاف بناء الموهوب له، والمشترى بالشراء الفاسد] الهبة إلخ" متصل بقوله: من غير تسليط من جهة من له الحق، وإنما قيد بقوله: "عند أبي حنيفة" لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشترى في المشترى، إنما هو قوله، وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء، كالشفيع في ظاهر الرواية.. (ع)

(٩) فلا ينقض.

(١٠) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوى. (ع)

(١١) قوله: ولهذا لا يبقى [هذا الحق] إلخ" فيه نظر؛ لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد، إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة، فالاستدلال به لا يصح، والجواب أنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما. (عناية)

(١٢) أى حق الشفعة.

(١٣) قوله: فلا معنى إلخ" راجع إلى أول الكلام، يعنى إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع؛ لأن الشفيع بمنزلة المستحق، والمشترى إذا بنى أو غرس ثم استحق، رجع المشترى بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق، فكذا ههنا. (عناية)

(١٤) يقلع المستحق.

(١٥) جواب عن قوله: وكما إذا زرع المشترى. (ع)

(١٦) أى في عدم قلعه.

(١٧) بالتأخير.

في الغصب.

ولو[1] أخذها الشفيع، فبنى فيها أو غرس، ثم استحقت[2] رجع بالثمن[3]؛ لأنه تبين أنه أخذه[4] بغير حق[5]، ولا يرجع[6] بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذها منه، ولا على المشترى إن أخذها منه، وعن أبي يوسف أنه يرجع[7]؛ لأنه متملك عليه[8] فنزلا منزلة البائع والمشترى.

والفرق على ما هو المشهور[9] أن المشترى مغرور[10] من جهة البائع، ومسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشترى؛ لأنه مجبور عليه.

قال[11]: وإذا انهدمت الدار، أو احترق بناءها، أو جف شجر البستان بغير فعل أحد[12]، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن؛ لأن البناء والغرس تابع، حتى دخلا في البيع من غير ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن[13] ما لم يصر

---

(١٨) قوله: "وإن أخذه إلخ" معطوف على مقدر دل عليه التخيير، وتقريره أن الشفيع بالخيار، إن شاء كلف القلع وإن شاء أخذه بالقيمة، فأن كلفه فذاك وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً. (عناية)

(١٩) أى مستحق القلع.

(١) هذا لفظ القدورى. (عينى)

(٢) فكلف المستحق الشفيع القلع، فقلع. (زيلعى)

(٣) قوله: "بالثمن إلخ" لا غير أخذه من البائع، أو المشترى. (عناية)

(٤) الثمن.

(٥) لأن الأرض لم تكن فى ملكه. (زيلعى)

(٦) أى بما نقص بالقلع. (زيلعى)

(٧) بقيمة البناء والغرس أيضاً. (ف)

(٨) قوله: لأنه متملك عليه إلخ" أى لأن الشفيع متملك على من أخذ منه فينزل الشفيع، ومن أخذ منه منزلة البائع والمشترى إذا بنى واستحقت، فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع، ووجه المشهور أن حق الرجوع بقيمة البناء إنما يثبت لرفع الغرور، والبائع التزم السلامة للمشترى عن الاستحقاق، فصار المشترى مغروراً من جهة البائع، ولا غرور فى حق الشفيع؛ لأنه يملك صاحب اليد جبراً بغير اختيار منه فلا يرجع. (ك)

(٩) قوله: والفرق على ما هو المشهور [من الرواية] إلخ" فى أن المشترى عند ظهور الاستحقاق يرجع على بائعه بقيمة البناء، والشفيع لا يرجع على المشترى.

(١٠) على البناء والغرس. (ف)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى بآفة سماوية.

(١٣) قوله: "فلا يقابلهما إلخ" لأن قيام البناء بالأرض كقيام الوصف بالموصوف، فكان بمنزلة العين فى الجارية، والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيئاً من الثمن، إذا كان بآفة سماوية؛ لأن الثمن بمقابلة الأصل دون الوصف. فإن قيل: الطرف أنما جعل وصفا من العبد ونحوه؛ لأنه لا يجوز إيراد العقد عليه مقصودا، أما ههنا إيراد العقد على

مقصودًا[١]، ولهذا جاز بيعها[٢] مرابحة[٣] بكل الثمن فى هذه الصورة، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ[٤] الباقى بحصته؛ لأن الفائت بعض الأصل.

قال[٥]: وإن شاء ترك؛ لأن له[٦] أن يمتنع عن تملك الدار بماله، قال[٧]: وإن نقض المشترى[٨] البناء، قيل للشفيع إن شئت، فخذ العرصة بحصتها[٩]، وإن شئت فدع؛ لأنه صار مقصودًا بالإتلاف، فيقابله شيء من الثمن[١٠]، بخلاف الأول؛ لأن الهلاك بآفة سماوية، وليس للشفيع أن يأخذ النقض[١١]؛ لأنه صار مفصولا[١٢] فلم يبقَ تبعًا. قال[١٣]: ومن ابتاع أرضًا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها، ومعناه إذا ذكر الثمر فى البيع؛ لأنه لا يدخل[١٤] من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسان.

وفى القياس لا يأخذه؛ لأنه ليس بتبع، ألا يرى أنه لا يدخل فى البيع من غير ذكر، فأشبه المتاع[١٥] فى الدار، وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعًا للعقار، كالبناء فى الدار، وما كان مركبًا فيه[١٦]، فيأخذه الشفيع.

البناء مقصودًا جائز، فيجب أن يعتبر أصلا كالعرصة، ويجب بمقابلته شى ء من الثمن، قلنا: إنما يجوز إيراد العقد على البناء بشرط القلعى، وعند ذلك يصير أصلا، أما إيراد العقد عليه وهو تبع، لا يجوز؛ لأنه بمنزلة العين من العبد. (ك)

(١) بالإتلاف على ما سيجىء.

(٢) أرض.

(٣) من غير بيان.

(٤) الشفيع.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) شفيع.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) ونقض الأجنبى كنقض المشترى.

(٩) قوله: "بحصتها إلخ" فيقسم الثمن على قيمة الأرض، وقيمة البناء يوم وقع الشراء، فيأخذ الأرض بحصتها من الثمن. (ك)

(١٠) قوله: "فيقابله إلخ" فإذا كان له حصة من الثمن، يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليهما، بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا انهدم بنفسه، وكان النقض باقيًا، حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه صار له قيمة بالحبس. (زيلعى)

(١١) بالضم: بناء شكسته باز گرديده. (من)

(١٢) فكان منقولا وليس فيه شفعة. (ع)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) فى البيع.

(١٥) حيث لا يدخل فى بيع الدار من غير ذكر.

(١٦) كالأبواب والمفاتيح والأغلال والسلم والأغلاق المركبة. (ك)

قال[١]: وكذلك إن ابتاعها[٢]، وليس في النخيل ثمر، فأثمر في يد المشترى[٣]، يعنى يأخذه[٤] الشفيع؛ لأنه مبيع تبعًا؛ لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع[٥]. قال[٦]: فإن جدّه المشترى[٧]، ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر فى الفصلين جميعًا[٨]؛ لأنه[٩] لم يبقَ تبعًا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه. قال في "الكتاب"[١٠]: وإن جدّه المشترى سقط عن الشفيع حصته قال رضى الله تعالى عنه[١١]: وهذا جواب الفصل الأول[١٢]؛ لأنه[١٣] دخل في البيع مقصودًا، فيقابله شىء من الثمن. أما فى الفصل الثانى[١٤] يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن؛ لأن الثمر لم يكن موجودًا عند العقد، فلا يكون مبيعًا إلا تبعًا[١٥] فلا يقابله شىء من الثمن، والله أعلم.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب[١٦]

قال[١٧]: الشفعة واجبة في العقار[١٨]، وإن[١٩] كان مما لا يقسم[٢٠]، وقال

(١) أى المصنف. (عينى)

(٢) أرض.

(٣) قوله: "فأثمر فى يد المشترى إلخ" قيد بقوله فى يد المشترى؛ لأنه إذا أثمر فى يد البائع قبل القبض، ثم قبضه المشترى، له حصة من الثمن، كما إذا كان موجودًا فى وقت الشراء. (ك)

(٤) ثمر.

(٥) قوله: "على ما عرف إلخ" فإن الجارية المبيعة إذا ولدت ولدا قبل قبض المشترى، يسرى حكم البيع إلى الولد، حتى يكون الولد ملك المشترى أيضًا كالأم. (نهاية)

(٦) أى المصنف. (عينى)

(٧) قطعه ، جد: بريدن خرما از خرما بن. (من)

(٨) قوله: "فى الفصلين جميعًا إلخ" أى فى فصل ما إذا كان فى النخيل ثمر حين وقع الشراء، ثم جده المشترى، وفى فصل ما إذا لم يكن على النخيل ثمر حين وقع الشراء على الأرض والنخيل، ثم أثمر النخيل، ثم جده المشترى ثم جاء الشفيع. (نهاية)

(٩) ثمر.

(١٠) يعنى مختصر القدورى. (ع)

(١١) أى المصنف. (عينى)

(١٢) قوله: "جواب الفصل الأول إلخ" وهو ما إذا ابتاع أرضًا، وعلى نخلها ثمر. (نهاية)

(١٣) ثمر.

(١٤) قوله: أما فى الفصل الثانى إلخ" وهو ما إذا ابتاعها، وليس فى النخيل ثمر، فأثمر فى يد المشترى. (نهاية)

(١٥) أى فلا يدخل عند الأخذ فى المبيع لا تبعًا. (زيلعى)

(١٦) قوله: "باب ما تجب إلخ" ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب، بعد ذكر نفس الوجوب مجملا؛ لأن التفصيل أنما يحتاج إليه إذا شق ذكر الإجمال. (نهاية)

الشافعى: لا شفعة فيما لا يقسم[١]؛ لأن الشفعة إنما وجبت دفعًا لمؤنة القسمة، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام[٢]: «الشفعة فى كل شيء عقار أو ربع[٣]»* إلى غير ذلك من العمومات، ولأن الشفعة سببها الاتصال فى الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر[٤]، وإنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم، وهو الحمام، والرحى[٥]، والبئر، والطريق.

قال[٦]: ولا شفعة فى العروض والسفن؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[٧]: «لا شفعة إلا فى ربع أو حائط[٨]»**، وهو[٩] حجة على مالك فى إيجابها فى السفن؛ ولأن الشفعة إنما وجبت[١٠] لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام، والملك فى المنقول لا يدوم[١١] حسب دوامه فى العقار[١٢]، فلا يلحق[١٣] به، وفى بعض نسخ

---

(١٧) أى القدورى. (عينى)

(١٨) قوله: "واجبة [ثابتة] فى العقار إلخ" وهو كل ما له أصل من دار أوضيعة، والربع الدار حيث كانت فى المصر أو القرى. (ك)

(١٩) الواو وصلية.

(٢٠) قوله: "مما لا يقسم إلخ" أى مما لا يحتمل القسمة، أى لو قسم قسمة حسية لا ينتفع به كالحمام. (نهاية)

(١) قوله: "وقال الشافعى إلخ" الخلاف بيننا وبينه راجع إلى أصل، وهو أن من أصل الشافعى أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة، وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة، وعندنا لدفع ضرر التأذى، بسوء المجاورة على الدوام، وذلك فيما لا يحتمل القسمة، موجود لاتصال أحد الملكين بلآخر على وجه التأبيد والقرار. (ك)

(٢) قوله: ولنا قوله عليه السلام إلخ" قلت: روى اسحاق بن راهويه فى "مسنده" عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ قال: «الشريك شفيع والشفعة فى كل شيء»، انتهى. (تخريج زيلعى)

(٣) بالفتح: منزل. (مؤيد الفضلاء)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٧، والدراية ج٢ الحديث٨٩٤ ص٢٠٣. (نعيم)

(٤) فى أوائل كتاب الشفعة.

(٥) المراد بالرحى بيت الرحى. (ع)

(٦) أى القدورى. (الحينى)

(٧) رواه جابر عنه عليه السلام، كذا قال الزيلعى فى تخريجه.

(٨) فى "المغرب" الحائط البستان، وأصله ما أحاطه. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٨، والدراية ج٢ الحديث٨٩٥ ص٢٠٣. (نعيم)

(٩) حديث.

(١٠) على خلاف القياس. (زيلعى)

(١١) لأن المنقول يشترى ويباع عادة على حسب الحاجة، ولا كذلك العقار.

(١٢) قوله: "حسب دوامه إلخ" الحسب بسكون السين وفتحها فى معنى القدر، واختار الجوهرى الفتح وقال: إنما يسكن فى ضرورة الشعر. (ع)

"المختصر"[١]، ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة، وهو صحيح مذكور في "الأصل"[٢]؛ لأنه لا قرار له[٣]، فكان نقليًا، وهذا بخلاف العلو[٤]، حيث يستحق بالشفعة، ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه[٥]؛ لأنه بماله من حق القرار[٦] التحق بالعقار.

قال: والمسلم والذمي في الشفعة سواء[٧] للعمومات؛ ولأنهما يستويان في السبب والحكمة[٨]، فيستويان في الاستحقاق، ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى، والصغير والكبير[٩]، والباغي والعادل، والحر والعبد، إذا كان مأذونًا، أو مكاتبًا[١٠]. قال[١١]: وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة؛ لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة[١٢] أو قيمة[١٣]

(١٣) المنقول.

(١) أي مختصر القدوري.

(٢) مبسوط.

(٣) للبناء أو النخيل.

(٤) قوله: "وهذا بخلاف العلو إلخ" يتعلق بقوله: "ولا شفعة في البناء" والعلو مجرد بناء، فكان ينبغي أن لا يكون فيه شفعة إلا أنه التحق بالعقار. (ك)

(٥) قوله: "إذا لم يكن طريق العلو فيه إلخ" أي في السفل، وهذا لبيان أن استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة، وليس هو لنفي الشفعة إذا كان له طريق في السفل، بل إذا كان له طريق في السفل، كان استحقاق صاحب العلو الشفعة في السفل، بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار، حتى إنه يكون مقدمًا على الجار.

كما لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل، صار صاحب الدار التي فيها الطريق أولى من صاحب الدار التي عليها العلو؛ لما مر أن الشريك في الطريق مقدم على الجار. (ك)

(٦) أي حق قرار وسكونة بر سبيل دوام.

(٧) قوله: "سواء إلخ" قال ابن أبي ليلى: لا شفعة للذمي، ويقول: لأن الأخذ بالشفعة رفق شرعي، فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة، وهو الكافر، ولكن نأخذ بما قضى به شريح، قد تأيد ذلك بإمضاء عمر رضي الله تعالى عنه. (ن)

(٨) وهي دفع ضرر سوء الجوار. (ع)

(٩) قوله: "والصغير والكبير [وكذلك تثبت الشفعة عندنا للعنين أيضًا. ك] إلخ" وهذا عندنا، وقال ابن أبي ليلى: إنه لا شفعة للصغير؛ لأن وجوبها لدفع ضرر التأذي لسوء المجاورة وذلك عن الكبار دون الصغار؛ ولأن الصغير في الجوار تبع، فهو في معنى المستعير والمستاجر. ولكنا نقول: سبب الاستحقاق يتحقق في حق الصغير، وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال ملكه بالمبيع على وجه التأبيد، فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضًا، ثم هو محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه، وإن لم يكن محتاجًا إلى ذلك في الحال. (نهاية)

(١٠) قوله: "إذا كان [العبد] مأذونًا إلخ" وهذا إذا كان بائع الدار غير المولى، فالمسألة مجرية على عمومها، أما إذا كان البائع مولى العبد والعبد شفيعها، فللعبد الشفعة إذا كان عليه دين، وإلا فلا، وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها، فإن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى؛ لأن بيع العبد وقع له، وإن كان عليه دين فله الشفعة؛ لأن بيعه كان لغرمائه. (ك)

(١١) أي القدوري. (عيني)

على ما مر[١].

قال[٢]: ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها[٣]، أو يخالع المرأة بها[٤]، أو يستأجر بها[٥] داراً أو غيرها[٦]، أو يصالح بها[٧] عن دم عمد، أو يعتق عليها عبداً[٨]؛ لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال؛ لما بينا[٩]، وهذه الأعواض ليست بأموال، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع[١٠].

وعند الشافعي تجب فيها الشفعة؛ لأن هذه الأعواض متقومة عنده[١١]، فأمكن الأخذ بقيمتها[١٢] إن تعذر[١٣] بمثلها، كما في البيع بالعرض[١٤]، بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً، وقوله[١٥]: "يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً، أو ما يضاهيه"[١٦]؛ لأنه لا شفعة[١٧] عنده[١٨] إلا فيه[١٩].

---

(١٢) إن كان من ذوات الأمثال.

(١٣) إن كان من ذوات القيم.

(١) قوله: "على ما مر" أي في فصل ما يؤخذ به المشفوع، في قوله: "ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته". (ك)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي جعلت مهراً.

(٤) أي جعلت بدل الخلع.

(٥) أي جعلت أجرة.

(٦) قوله: "أو غيرها إلخ" أي غير دار من عبد أو حانوت. (ع)

(٧) أي جعلت بدلا في الصلح.

(٨) أي جعلت بدلا في الإعتاق.

(٩) أي قوله: لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه.

(١٠) قوله: "خلاف المشروع إلخ" لأن الشفيع لا يقدر على تمليك هذه الأشياء للمشتري، حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به. (ع)

(١١) قوله: "متقومة عنده [شافعي] إلخ" لأن التقوم حكم شرعي، والشرع جعل هذه الأشياء مضمونة بهذه الأعواض، وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء، ألا ترى أن الشرع جعل المهر قيمة البضع، وكذا المنافع عنده متقومة كالأعيان، فإذا جعل الدار عوضاً عن البضع أو نحوه، وقد تعذر على الشفيع الأخذ به، فله أن يأخذ بقيمته، كما لو اشترى بعبد. (كافي)

(١٢) قوله: "فأمكن الأخذ بقيمتها إلخ" وهو مهر المثل، وأجر المثل في التزوج والخلع والإجارة وقيمة الدار، والعبد في الصلح والإعتاق. (ع)

(١٣) الأخذ.

(١٤) فإنه يأخذ الشفيع بقيمة العرض.

(١٥) أي قول الشافعي. (ن)

ونحن نقول[١]: أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها[٢] بعقد الإجارة ضروري، فلا يظهر في حق الشفعة[٣]، وكذا الدم والعتق غير متقوم[٤]؛ لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب[٥]، ولا يتحقق فيهما[٦].

وعلى هذا[٧] إذا تزوجها بغير مهر، ثم فرض لها الدار مهراً؛ لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع، بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل[٨]، أو بالمسمى؛ لأنه مبادلة مال بمال[٩]، ولو تزوجها على دار[١٠] على أن ترد[١١] عليه

(١٦) قوله: "أو ما يضاهيه إلخ" أي ما يضاهي المهر، كبدل الخلع والأجرة، أي إذا جعل شقصاً من داره بدل الخلع أو الأجرة. (نهاية)

(١٧) حيث لا يرى شفعة الجوار. (م)

(١٨) شافعي.

(١٩) أي في الشركة.

(١) جواب عن جعل هذه الأعراض متقومة. (م)

(٢) قوله: "أن تقوم إلخ" يعني أن تقوم منافع البضع بالعقود ضروري، فلا يظهر في حق الشفعة، وهذا لأن المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى، فلم يصلح قيمته له؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص، وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق بعقد النكاح.

غير أن الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر إبانة لخطره وإعظاما لقدره، وصونا لهذا العقد عن التشبه بالإباحة، فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة، فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع.

وكذا المنافع ليست بأموال عندنا؛ ولهذا لا يضمن بالغصب والإتلاف على مامر في الغصب، وإنما يظهر تقومها في العقد للضرورة، فلا يظهر في غيره، فهذه هي الحجة في الثلاثة الأول. (ك)

(٣) قوله: "فلا يظهر [التقوم] في حق الشفعة إلخ" لأن ماثبت بالضرورة يقتصر عليها، ولا ضرورة في حق الشفيع، فلا تكون متقومة في حقه، فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة منزلة الموهوب بلا عوض. (زيلعي)

(٤) قوله: "وكذا الدم والعتق إلخ" إنما أفردهما؛ لأن تقومهما أبعد؛ لأنهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم. (م)

(٥) قوله: "في المعنى الخاص [وهو المالية] إلخ" [لا في غيره كالجوهرية والجسمية. ع] فإن قيل: الدار تضمن بالقيمة، والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى، وكذا الثوب، المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد يضمن بالقيمة.

قلنا: بل المعنى الخاص المطلوب منهما المالية، ألا ترى أن من أتلف ثوب إنسان أو قلع بناء دار إنسان يضمن قيمتها، ولا كذلك إلا باعتبار المالية، وقد لا يكون الدار للسكنى، والثوب للبس. (ك)

(٦) قوله: "ولا يتحقق فيهما إلخ" أي لا يتحقق المعنى الخاص، وهو المالية في الدم والعتق؛ لأن العتق إسقاط وإزالة، والدم ليس إلا حق الاستيفاء، وليس من جنس ما يتمول به ويدخر، وأما إيجاب الدية فلصيانته عن الإهدار. (مل)

(٧) أي لا شفعة فيه.

(٨) قوله: "بخلاف ما إذا باعها [الدار] إلخ" يعني تجب الشفعة، فإن قيل: كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل، قلنا: جاز أن يكون معلوما عندهما، ولأنه جهالة في الساقط، فلا يفضي إلى المنازعة، فلا يفسد البيع. (كفاية)

(٩) قوله: "لأنه مبادلة مال بمال إلخ" لأن ما أعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر. (زيلعي)

(١٠) هذه من مسائل الأصل. (عيني)

(١١) الزوجة.

ألفًا، فلا شفعة في جميع الدار[١] عند أبي حنيفة.

وقالا: تجب في حصة الألف[٢]؛ لأنه مبادلة مالية في حقه[٣]، وهو[٤] يقول: معنى البيع فيه تابع[٥]، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح، ولا يفسد بشرط النكاح فيه[٦]، ولا شفعة في الأصل[٧]، فكذا في التبع؛ ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة، حتى إن المضارب إذا باع داراً[٨]، وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح؛ لكونه تابعًا فيه.

قال[٩]: أو يصالح عليها بإنكار[١٠]، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة، قال[١١]: هكذا ذكر في أكثر نسخ "المختصر"[١٢]. والصحيح: أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله: أو يصالح عليها؛ لأنه إذا صالح[١٣] عنها[١٤] بإنكار بقي الدار في يده[١٥]، فهو[١٦] يزعم أنها لم تزل عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت؛ لأنه[١٧] يحتمل

(١) أي في شيء من الدار.

(٢) يقسم قيمة الدار على مهر المثل والألف. (ع)

(٣) في حق ما يحض الألف. (ع)

(٤) إمام.

(٥) والمقصود النكاح.

(٦) قوله: ولايفسد بشرط النكاح إلخ" ولو كان البيع أصلا يفسد، كما لو قال بعت منك هذه الداربألف على أن تزوجني نفسك. (عيني)

(٧) نكاح.

(٨) قوله: إذا باع داراً إلخ" صورته إذا كان رأس المال ألفا، فاتجر المضارب وربح ألفا، ثم اشترى بالألفين داراً، ورب المال شفيعها بالجوار، ثم باعها بالألفين، فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار أن الربح تبع لرأس المال، وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال؛ لأن البيع كان لرب المال؛ لأن المضارب وكيل لرب المال في حصته، وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل، فكذا في حصة الربح. (ن)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "أو يصالح عليها إلخ" عطف القدوري قوله: "أو يصالح عليهما بإنكار" على قوله: أو يعتق عليها عبدا من الصور التي لا تجب فيها الشفعة، وليس بصحيح. (ع)

(١١) أي المصنف.

(١٢) أي مختصر القدوري.

(١٣) على المال.

(١٤) دار.

(١٥) المدعى عليه.

(١٦) المدعى عليه.

(١٧) المدعى عليه.

أنه بذل المال افتداء ليمينه، وقطعًا لشغب[١] خصمه، كما إذا أنكر[٢] صريحًا.

بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار؛ لأنه[٣] معترف بالملك للمدعى، وإنما استفاده[٤] بالصلح فكان مبادلة مالية، أما إذا صالح عليها بإقرار، أو سكوت، أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك؛ لأنه[٥] أخذها[٦] عوضًا عن حقه في زعمه، إذا لم يكن من جنسه[٧]، فيعامل بزعمه.

قال[٨]: ولا شفعة في هبة؛ لما ذكرنا[٩] إلا أن تكون بعوض مشروط[١٠]؛ لأنه بيع انتهاء ولا بد من القبض[١١]، وأن لا يكون الموهوب، ولا عوضه شائعًا؛ لأنه هبة ابتداء، وقد قررناه في كتاب الهبة[١٢].

بخلاف ما إذا لم يكن العوض[١٣] مشروطًا في العقد[١٤]؛ لأن كل واحد منهما[١٥] هبة مطلقة، إلا أنه أثيب[١٦] منها[١٧]، فامتنع الرجوع.

---

(١) شغب -بالفتح وبفتحتين- برآنگيختن فتنه وفساد وتباهى. (م)

(٢) المدعى عليه.

(٣) مدعى عليه.

(٤) المدعى عليه.

(٥) أى لأن المدعى.

(٦) دار.

(٧) قوله: "إذا لم يكن من جنسه [من جنس حقه. ك] إلخ" أى إذا لم يكن الصلح على بعض المدعى به؛ لأنه حينئذٍ يكون آخذًا عين حقه في زعمه فلا شفعة. (ك)

قوله: "إذا لم يكن من جنسه" أى إذا لم يكن العوض من جنس حقه، وقيد بذلك؛ لأنه إذا كان من جنس حقه كان آخذًا حقه، فليس فيه معاوضة، فلا يجب الشفعة. (عناية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "لما ذكرنا" يريد به قوله: "ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية" وقوله: بخلاف الهبة؛ لأنه لا عوض فيها رأسًا. (ك)

(١٠) وقت العقد.

(١١) قوله: "ولا بد من القبض إلخ" وهذا عندنا خلافًا لزفر؛ فإنه إذا وهب لرجل دارًا على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة، للشفيع ما لم يتقابضا، وبعد التقابض تجب للشفيع فيهما الشفعة.

وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض، وهو بناء على ما بيناه في كتاب الهبة، أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء، وعندنا هبة ابتداء، وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين. (ك)

(١٢) أن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء، معاوضة انتهاء. (ع)

(١٣) قوله: "بخلاف إلخ" يعنى لا تثبت الشفعة حينئذ أصلا، لا في الموهوب، ولا في العوض إن كان العوض دارًا. (ع)

(١٤) ولكن عوض.

(١٥) أى الموهوب وعوضه.

قال[١] : ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع ؛ لأنه[٢] يمنع زوال الملك عن البائع ، فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة ؛ لأنه زال المانع عن الزوال[٣] ، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح[٤] ؛ لأن البيع يصير سببًا لزوال الملك عند ذلك[٥] . وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة ؛ لأنه[٦] لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعة تبتنى عليه[٧] على ما مر[٨] ، وإذا أخذها[٩] فى الثلث وجب البيع لعجز المشترى عن الرد[١٠] ، ولا خيار للشفيع ؛ لأنه[١١] يثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع ، وإن بيعت دار إلى جنبها[١٢] ، والخيار لأحدهما[١٣] ، فله الأخذ بالشفعة. أما للبائع[١٤] فظاهر لبقاء ملكه فى التى يشفع بها[١٥] ، وكذا إذا كان للمشترى ، وفيه إشكال[١٦] أوضحناه فى البيوع[١٧] فلا نعيده .

---

(١٦) عوض.

(١٧) دار.

(١) أى القدورى (عينى)

(٢) أى لأن خيار البائع.

(٣) أى عن زوال الملك عن البائع.

(٤) قوله: "وفى الصحيح إلخ" احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع؛ لأنه هوالسبب. (ع)

(٥) أى سقوط الخيار.

(٦) أى لأن خيار الشرط للمشترى.

(٧) أى على زوال ملك البائع.

(٨) قوله: "على ما مر إلخ" أى فى أوائل كتاب الشفعة فى قوله: "والشفعة تجب بعقد البيع" إلى أن قال والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار. (ك)

(٩) قوله: "وإذا أخذها [أى إذا أخذ الشفيع الدار فى مدة الخيار] فى الثلث إلخ" إنما قيد بالثلث، لتكون المسألة على الاتفاق. (كفاية)

(١٠) قوله: "وجب البيع إلخ" أى تقرر البيع الذى جرى بين البائع والمشترى بشرط الخيار، وإنما ذكر هذا؛ لأن المشترى بشرط الخيار لو رد المبيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق، بل انفسخ من الأصل، فحينئذٍ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة؛ لأن هذا ليس ما قاله، بل انفساخ من الأصل، فكان السبب منعدمًا فى حقه من الأصل. (ك)

(١١) أى لأن خيار الشرط.

(١٢) أى إلى جنب الدار المبيعة.

(١٣) أى لأحد المتعاقدين من البائع أو المشترى. (ع)

(١٤) أى إما إذا كان الخيار للبائع.

(١٥) قوله: "لبقاء ملكه [فى مدة الخيار] إلخ" فله أن يأخذها بالشفعة ويسقط خياره، ولا يلزم البيع؛لأن الأخذ بالشفعة نقض منه المبيع؛ لأنه أراد بذلك الاستبقاء؛ إذ لا يجب الشفعة إلا لدفع ضرر على الدوام. (زيلعى)

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع[(١)]، بخلاف ما إذا اشتراها[(٢)]، ولم يرها حيث لا يبطل خياره[(٣)] بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال، فكيف بدلالته[(٤)]، ثم إذا حضر شفيع الدار[(٥)] الأولى له أن يأخذها دون الثانية[(٦)]؛ لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية.

قال[(٧)]: ومن ابتاع داراً شراءً فاسداً[(٨)]، فلا شفعة فيها، أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع، وبعد القبض لاحتمال الفسخ[(٩)]، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد، فلا يجوز[(١٠)]، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح[(١١)]؛ لإنه صار أخص به تصرفا، وفي البيع

---

(١٦) قوله: "وفيه إشكال إلخ" هذه الحوالة في حق الإشكال غير رابحة، بل فيه جواب الإشكال لا الإشكال، وهو قوله: ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضى، لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك إلى أن قال: وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصّة.

وإنما الإشكال الذي ذكره البلخي فإنه يدعي بهذا مناقضة على أبي حنيفة، فيقول: إذا كان من أصله أن المشترى بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار، واستحقاق الشفعة باعتبار الملك، ولهذا لا يستحقه المستأجر المستعير، فكيف يثبت للمشتري الشفعة في هذه الدار، ولكن عذره ما بيناه، وهو أن المشتري بخيار الشرط صار أحق بها مع خياره، وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة، كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره. (نهاية)

(١٧) قوله: "أوضحناه" أي أجبنا عنده فلا يرد ما في النهاية، أو يقال: أن في بيوع هذا الكتاب توضيح لجواب الإشكال، فيتضح الإشكال أيضاً ضمناً، فصح قوله: أوضحناه، والله أعلم.

(١) قوله: وإذا أخذها إلخ" أي وإذا أخذ المشترى بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة، كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول، فيسقط خياره لما ذكرنا في طريق البائع. (عناية)

(٢) مشترى.

(٣) أي خيار الرؤية.

(٤) وهو أخذ ما بيع بجنبها شفعة.

(٥) التي اشتراها المشترى بشرط الخيار.

(٦) التي أخذها المشترى بطريق الشفعة.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "شراء فاسداً إلخ" تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسداً ابتداء؛ لأن الفساد إذا كان بعد انعقادها صحيحاً، فحق الشفعة باقٍ على حاله، ألا ترى أن النصراني إذا اشترى من نصراني داراً بخمر، ولم يتقابضا حتى أسلما فإنه يفسد البيع، وحق الشفيع في الشفعة باق؛ لأن فساده بعد وقوعه صحيحاً. (ع)

(٩) قوله: "لاحتمال الفسخ إلخ" لأن كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه، والنقض مستحق حقًّا لله تعالى، وفي إثبات الشفعة إسقاط حق الفسخ، وفيه تقرير الفساد، فلا يجوز لإفضاءه إلى التناقض. (ك)

(١٠) يعني الأخذ بالشفعة.

(١١) قوله: "بخلاف [حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ] إلخ" جواب عما يقال: احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم، ولم يمنع حق الشفعة.

الفاسد ممنوع عنه[١].

قال[٢]: فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة[٣] لزوال المانع، وإن بيعت دار بجنبها[٤]، وهي في يد البائع[٥] بعد، فله[٦] الشفعة لبقاء ملكه، وإن سلمها إلى المشترى فهو شفيعها؛ لأن الملك له[٧]، ثم إن سلم البائع[٨] قبل الحكم بالشفعة له، بطلت شفعته كما إذا باع[٩]، بخلاف ما إذا سلم بعده[١٠]؛ لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط، فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه.

وإن استردها[١١] البائع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له، بطلت[١٢] لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة، وإن استردها بعد الحكم[١٣] بقيت الثانية[١٤] على ملكه؛ لما بينا[١٥].

وتقرير الجواب أن ذلك المشترى صار أخص بالمبيع تصرفًا، حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة، وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره، وفي الفاسد المشترى ممنوع عن التصرف فيه. (عناية)

(١) قوله: "ممنوع عنه [تصرف]" واعترض بأنا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف، بل له أن يبيع بيعًا صحيحًا، ولا يبقى لبائعه حق النقض، وفيه تقرير الفساد أيضًا، وأجيب بأنا لا نسلم أن له ذلك، بل هو منهي عنه، وقد يترتب على المحظور بعض الأحكام كالوطئ حالة الحيض، فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول، وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشارع ممتنع، وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك، والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع. (ع)

(٢) أي المصنف. (عيني)

(٣) قوله: "فإن سقط حق الفسخ إلخ" بأن باع المشترى من آخر وجبت الشفعة؛ لأن امتناع حق الشفعة إنما كان لثبوت حق الفسخ، فإذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة، و للشفيع أن يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور، أو ينقض البيع الثاني، ويأخذه بالبيع الأول بقيمته. (ك)

(٤) أي بجنب الدار المبيعة بيعًا فاسدًا.

(٥) أي الدار المبيعة بيعًا فاسدًا.

(٦) أي للبائع.

(٧) قوله: "لأن الملك له" ولا يؤدي إلى تقرير الفساد؛ لأن الفسخ ممكن بعد الأخذ، ولا فساد في المأخوذة. (ت)

(٨) قوله: "ثم إن سلم البائع" الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشترى قبل الحكم بالشفعة للبائع، بطلت الشفعة؛ لزوال ما كان يستحقها به. (ع)

(٩) أي باع رجل دارًا قبل الحكم بالشفعة له، بطلت شفعته.

(١٠) أي بعد الحكم بالشفعة.

(١١) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد.

(١٢) شفعة المشترى.

(١٣) بالشفعة للمشترى.

(١٤) أي التي أخذها المشترى بالشفعة، (غن)

(١٥) قوله: "لما بينا" أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها، بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط. (ع)

قال[١] : وإذا اقتسم الشركاء العقار، فلا شفعة لجارهم بالقسمة ؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز، ولهذا يجري فيه[٢] الجبر[٣]، والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة[٤].

قال[٥] : وإذا اشترى داراً، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ردها المشتري بخيار رؤية، أو شرط، أو بعيب بقضاء قاضٍ، فلا شفعة للشفيع ؛ لأنه[٦] فسخ من كل وجه[٧]، فعاد إلى قديم ملكه[٨]، والشفعة في انشاء العقد[٩]، ولا فرق في هذا[١٠] بين القبض[١١] وعدمه.

وإن ردها بعيب بغير قضاء، أو تقايلا البيع، فللشفيع الشفعة ؛ لأنه[١٢] فسخ في حقهما[١٣] ؛ لولايتهما على أنفسهما، وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي، والشفيع ثالث، ومراده الرد بالعيب بعد القبض[١٤] ؛ لأن قبله فسخ[١٥] من الأصل[١٦]، وإن[١٧] كان بغير قضاء

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي في هذه القسمة.

(٣) أي جبر القاضي، وإن لم يرضَ واحد من الشركاء.

(٤) وهي المبادلة من كل وجه. (زيلعي)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) لأن هذا الرد.

(٧) فلا يمكن أن يجعل عقداً جديداً. (زيلعي)

(٨) بائع.

(٩) لا في الاستمرار والبقاء على ما كان. (زيلعي)

(١٠) فيما إذا كان الرد بالقضاء. (ع)

(١١) أي الرد بعد القبض أو قبله.

(١٢) أي لأن هذا الرد.

(١٣) متعاقدين.

(١٤) قوله: "ومراده [أي من الرد بعيب بغير قضاء] الرد إلخ" أي مراد القدوري من قوله: "وإن ردها بعيب بغير قضاء" وقيل: معنى قول صاحب "الهداية" ومراده هذا، أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض.
وفيه نظر؛ لأنه يناقض قول صاحب الهداية هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه، كذا قال صاحب "العناية". (مل)

(١٥) قوله: "لأن قبله [قبض] إلخ" أي قبل القبض فسخ من كل وجه وإن كان بغير قضاء؛ لعدم تمام الملك، ولهذا ينفرد الراد به من غير أن يحتاج به إلى رضاء صاحبه أو قضاء قاض. (ك)

(١٦) قوله: فسخ من الأصل [فلا شفعة] إلخ" وإنما يستقيم هذا على قول محمد؛ لأن بيع العقار عنده لا يجوز قبل القبض، كما في المنقول، فلا يمكن حمله على البيع، وهذا لأن الرد بالعيب بغير قضاء إقالة، وهي بيع عند أبي يوسف مطلقًا، ما لم يتعذر جعلها بيعًا فيجعل فسخا. وعند أبي حنيفة وإن كان فسخا في حقهما، ولكنه بيع جديد في حق

على ما عرف[١].

وفى " الجامع الصغير ": ولا شفعة فى قسمة، ولا خيار رؤية، وهو بكسر الراء، ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية؛ لما بيناه[٢]، ولا تصح الرواية[٣] بالفتح[٤] عطفًا على الشفعة؛ لأن الرواية محفوظة فى كتاب القسمة أنه يثبت فى القسمة خيار الرؤية، وخيار الشرط؛ لأنهما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا[٥]، وهذا المعنى موجود فى القسمة[٦]، والله سبحانه أعلم.

باب[٧] ما تبطل به الشفعة

قال[٨]: وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع[٩]، وهو[١٠] يقدر على ذلك[١١] بطلت شفعته[١٢]؛ لإعراضه عن الطلب، وهذا[١٣] لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار، وهى[١٤] عند القدرة.

غيرهما فأمكن جعله بيعًا فى حق الشفيع، فلا يفرق، هذا ببن أن يكون بعد القبض أو قبله. (زيلعى)

(١٧) الواو وصلية.

(١) فى آخر باب خيار الرؤية من أن الصفقة مع خيار العيب بعد القبض، وإن كانت لا تتم قبله.

(٢) من أنه فسخ من كل وجه.

(٣) قوله: "ولا تضح الرواية إلخ" قال فى "الكافى": صححها شمس الأئمة، وقال: لا يثبت خيار الرؤية فى القسمة، سواء كانت برضاء أو بقضاء، وبه قال بعض المشايخ. (زيلعى)

(٤) ومعناه حينئذ أن خيار الرؤية لا يثبت فى القسمة. (زيلعى)

(٥) أى فى عقد.

(٦) قوله: "موجود فى القسمة إلخ" لما فيها من معنى المبادلة، والمبادلة أغلب فى غير المكيل والموزون، فيجوز فيها خيار الرؤية، ولا يجوز فى المكيل والموزون؛ لأن معنى الإفراز فيها هو الأغلب، ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير إذن صاحبه. (زيلعى)

(٧) قوله: "باب" ولا شك أن البطلان يقتضى الثبوت سابقًا إما صورةً أو معنًى، فلذلك ذكر هذا الباب بعد ما ذكر ما يثبت به الشفعة. (نهاية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "الإشهاد [طلب المواثبة. ك]" يعنى طلب المواثبة، وإنما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا، أن الإشهاد ليس بشرط، وترك ما ليس بشرط فى شيئ لا يبطله. (ع)

(١٠) الواو حالية.

(١١) بأن لم يأخذ أحد فمه، أو لم يكن فى الصلاة. (ك)

(١٢) قوله: "بطلت شفعته إلخ" فإن قلت: ذكر أن ترك الإشهاد ههنا يبطل الشفعة، وذكر قبل هذا فى باب طلب الشفعة أن الإشهاد ليس بلازم، فكيف وجه التوفيق بينهما.

قلت: يحتمل بأن يريد بهذا الإشهاد نفس طلب المواثبة، ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الإشهاد فى حق علم القاضى، سمى هذا الطلب إشهادًا. (نهاية)

(١٣) أى اشتراط القدرة. (ع)

وكذلك[1] إن أشهد في المجلس[2]، ولم يشهد على أحد المتبايعين، ولا عند العقار، وقد أوضحناه فيما تقدم[3].

قال: وإن صالح من شفعته على عوض[4] بطلت شفعته[5]، ورد العوض؛ لأن حق الشفعة ليس[6] بحق متقرر في المحل[7]، بل هو مجرد حق التملك، فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط، فبالفاسد أولى، فيبطل الشرط ويصح الإسقاط. وكذا[8] لو باع شفعته بمال؛ لما بينا[9]، بخلاف القصاص[10]؛ لأنه حق متقرر[11]، وبخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه اعتياض عن

---

(١٤) أي حالة الاختيار.

(١) أي بطلت شفعته.

(٢) أي طلب طلب المواثبة وترك طلب التقرير والإشهاد. (ع)

(٣) في باب طلب الشفعة والخصومة فيها.

(٤) قوله: "على عوض" إشارة إلى أن الصلح إن كان على بعض الدار صح، ولم تبطل الشفعة، لأن ذلك على وجهين: أحدهما: أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن، وفيه الصلح جائز لفقد الأعراض.
والثاني: أنه يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، والصلح فيه لا يجوز؛ لأن حصته مجهولة، وله الشفعة لفقد الأعراض. (عناية)

(٥) قوله: "بطلت شفعته" أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل؛ لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه، وأما رد العوض فلأن حق الشفعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط، يعني الشرط الملائم، وهو أن يتعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال، مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار، على إن أجرتنيها، أو أعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال أولى.
والفاصل بين الملائم وغيره إن ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالإجارة والإعارة والتولية ونحوها فهو ملائم؛ لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه، وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم؛ لأنه إعراض عن لازم الأخذ وإذا لم يتعلل بالشرط، وقد وجد الإسقاط، بطل الشرط وصح الإسقاط. (ع)
قوله: "بطلت" هذا إذا كان بعد البيع، وأما قبل البيع فلا؛ لأن إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح، وبعده تسقط بالإسقاط، علم بالسقوط أو لم يعلم؛ لأنه لا يعذر بالجهل في دار الإسلام. (زيلعي)

(٦) نيست مر شفيع راحقى وملكى ثابت در محل متناز ع فيه. (ع)

(٧) قوله: "بحق متقرر" كحق الاصطياد في الصيد، والحق المتقرر كالملك في المملوك. (أعظمي)

(٨) يعني أنها تبطل. (ع)

(٩) قوله: "لما بينا" من أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل، حتى يصح الاعتياض عنه، فكان إعراضا، وقيل: هذا إذا باع من البائع أو المشتري؛ لأنه إعراض عن الشفعة، أما إذا باع من الأجنبي يبطل العوض، ولا يبطل الشفعة؛ لأنه تحقيق الشفعة وتقريرها. (مل)

(١٠) قوله: "بخلاف القصاص [فإن الصلح عنه يجوز]" أي فإن قيل: حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه، كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال، والاعتياض عنها صحيح.
أجاب عنه بقوله: بخلاف القصاص؛ لأنه حق متقرر، والفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله، فهو متقرر، وغيره غير متقرر، واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص،

ملك فى المحل[١].

ونظيره إذا قال[٢] للمخيرة: اختارينى بألف، أوقال العنين لامرأته: اختارى ترك الفسخ بألف، فاختارت[٣] سقط الخيار[٤]، ولا يثبت العوض[٥]، والكفالة بالنفس[٦] فى هذا[٧] بمنزلة الشفعة فى رواية[٨]. وفى أخرى[٩]: لا تبطل الكفالة[١٠] ولا يجب المال، وقيل: هذه رواية فى الشفعة[١١]، وقيل: هى[١٢] فى الكفالة خاصة، وقد عرف[١٣] فى موضعه[١٤].

قال: وإذا مات الشفيع[١٥] بطلت شفعته[١٦]، وقال الشافعى: تورث عنه[١٧].

وبالصلح حصل له العصمة فى دمه، فكان حقًا متقررًا، وأما فى الشفعة فإن المشترى يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد، فلم يكن حقًا متقررًا. (ع)

(١١) قوله: "لأنه [قصاص] حق متقرر إلخ" فى المحل، ولهذا يستوفيه وينفرد به، ألا ترى أن للولى أن يقتله بغير قضاء ولا رضاء، ولو لا ذلك لما تمكن من ذلك. (زيلعى)

(١) أى الاعتياض عن الطلاق والعتاق.

(٢) الزوج.

(٣) أى فاختارت المخيرة الزوج، ومرأة العنين ترك الفسخ. (ع)

(٤) الذى كان للمخيرة.

(٥) قوله: "ولا يثبت العوض إلخ" لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد، فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل، وهو لا يجوز. (ع)

(٦) أى صالح الكفيل بالنفس وأعطى شيئًا للمكفول له على أن يترك المطالبة من الكفيل.

(٧) أى فى بطلان الكفالة والعوض. (ع)

(٨) قوله: "فى رواية" أى رواية أبى حفص، قيل وعليه الفتوى، ووجهه أن حق الكفيل فى الطلب، وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه. (ع)

(٩) وهى رواية أبى سليمان. (ن)

(١٠) قوله: "لا تبطل الكفالة" والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط إلا بتمام الرضا، ولهذا لا يسقط بالسكوت، وتمام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال، فأما حق الشفعة فليس كذلك؛ لأنه ينسقط بالسكوت بعد العلم به. (ع)

(١١) قوله: "هذه رواية إلخ" أى رواية أبى سليمان فى الكفالة تكون رواية فى الشفعة أيضًا، حتى لا يسقط الشفعة بالصلح على مال، ولا يجب المال. (ع)

(١٢) أى هذه الرواية المذكورة. (ع)

(١٣) يعنى لا يبطل الكفالة بالصلح على مال، وتبطل الشفعة بالصلح على مال. (ع)

(١٤) أى فى "المبسوط". (ع)

(١٥) أى بعد طلب الشفعة وإثباتها بطلبين. (ع)

(١٦) وليس لورثته أن يأخذوها. (ع)

(١٧) قوله: "تورث عنه" فإن عنده كما تورث الأملاك، فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال، وما لا يعتاض فى ذلك، سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث، فإن حاجة الوارث كحاجة المورث، ونحن نقول: مجرد

قال رضى الله تعالى عنه[١]: معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، أما إذا مات بعد قضاء القاضى[٢] قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته، وهذا نظير الاختلاف[٣] في خيار الشرط[٤]، وقد مر فى البيوع، ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره، ويثبت الملك للوارث بعد البيع، وقيامه وقت البيع، وبقاءه للشفيع إلى وقت القضاء شرط[٥]، فلا يستوجب الشفعة بدونه[٦].

وإن مات المشترى لم تبطل[٧]؛ لأن المستحق باقٍ[٨]، ولم يتغير سبب حقه، ولا يباع[٩] فى دين المشترى ووصيته، ولو باعه القاضى[١٠]، أو الوصى، أو أوصى المشترى فيها بوصية، فللشفيع أن يبطله، ويأخذ الدار[١١]؛ لتقدم حقه، ولهذا ينقض[١٢] تصرفه[١٣] في حياته.

قال[١٤]: وإذا باع الشفيع[١٥] ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت

الراى والمشية لا يجرى فيه الإرث؛ لأنه لا يبقى بعد موته ليخلف الوارث فيه، والثابت له بالشفعة مجرد المشية بين أن يأخذ أو يترك. (ك)

(١) أى المصنف.

(٢) بالشفعة.

(٣) قوله: "وهذا نظير الاختلاف إلخ" أى لا يورث خيار الشرط عندنا، وعند الشافعى يورث، فكذلك فى الشفعة، ووجه الالحاق به ما ذكره فى الإيضاح أن الثابت للشفيع حق أن يتملك، فظهر أثر هذا الحق فى أن يتخير بين أن يأخذ وبين أن لا يأخذ، والإرث لا يجرى فى الخيار. (ك)

(٤) فإنه إذا مات من له الخيار بطل خياره، وقال الشافعى: يورث عنه.

(٥) لاستحقاق الشفعة.

(٦) وقد زال ملك الميت عند الأخذ، وحدث ملك الوارث بعد البيع. (زيلعى)

(٧) الشفعة.

(٨) قوله: "لأن المستحق باقٍ" بخلاف موت الشفيع، فإن السبب الذى كان يأخذ به الشفعة يزول بموته، وهو ملكه، وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط، ولهذا لو باع ملكه قبل أن يأخذ المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، فكذا إذا زال بموته، والثابت للوارث جواراً، أو شركة حادث بعد البيع، فلا يستحق به الشفعة. (ك)

(٩) قوله: "ولا يباع فى دين" يعنى لا يقدم دين المشترى ووصيته على حق الشفيع؛ لأن حق الشفيع مقدم على حق المشترى. (ع)

(١٠) فى دين المشترى الميت.

(١١) المبيعة.

(١٢) قوله: "ولهذا [لتقدم حق الشفيع] ينقض إلخ" تصرفه فى حياته، أى حتى المسجد والمقبرة والوقف.(ت)

(١٣) مشترى.

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) بيعًا باتًا.

شفعته[١]؛ لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك، وهو الاتصال بملكه، ولهذا[٢] يزول به[٣]، وإن[٤] لم يعلم بشراء المشفوعة[٥]، كما إذا سلم صريحًا[٦]، أو أبرأ عن الدين[٧]، وهو لا يعلم به، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له؛ لأنه[٨] يمنع الزوال، فبقي الاتصال.

قال[٩]: ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له، ووكيل المشترى إذا ابتاع فله الشفعة. والأصل[١٠] أن من باع أو بيع له لا شفعة له، ومن اشترى، أو ابتيع له فله الشفعة؛ لأن الأول[١١] بأخذ المشفوعة يسعى[١٢] فى نقض ما تم من جهته[١٣]، وهو البيع، والمشترى لا ينقض شراءه بالأخذ بالشفعة؛ لأنه مثل الشراء[١٤]، وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع[١٥]، وهو الشفيع[١٦]، فلا شفعة له[١٧].

(١) قوله: "بطلت شفعته إلخ" فإن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة، وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط. (عناية)

(٢) أى ولأن زوال السبب مبطل. (ع)

(٣) أى ببيع ما يشفع به. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) لأن العلم بالمسقط ليس بشرط الصحة للإسقاط. (ع)

(٦) قوله: "كما إذا سلم صريحًا" أى إذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع، وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز، سواء كان المشترى حاضرًا أو غائبًا؛ لأنه إسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق. (ك)

قوله: "كما إذا سلم صريحًا أو أبرأ عن الدين" وطولب بالفرق بينهما، وبين ما إذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشترى، أو استأجرها منه، فإن علم بالشراء سقطت، وإلا فلا، وأجيب بأن المساومة والإجارة لم توضعا للتسليم، وإنما تسقط بهما لدلالتهما على رضاء الشفيع، والرضى بدون العلم غير متحقق، بخلاف التسليم الصريح والإبراء. (عناية)

(٧) قوله: "أبرأ عن الدين" يعنى لو أبرأ رب الدين المديون، وهو لا يعلم بأن له عليه دينًا يصح الإبراء. (ك)

(٨) أى لأن الخيار للشفيع البائع يمنع زوال ملكه عن المبيع.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) أى الأمر الكلى.

(١١) أى من باع أو بيع له. (ك)

(١٢) قوله: "يسعى فى نقض" أما البائع فلأنه بائع حقيقة، وأما الوكيل فتمام البيع به أيضًا؛ لأنه لولا توكيله لما جاز بيعه. (ك)

(١٣) قوله: "فى نقض" لأن البيع تمليك، والأخذ بالشفعة تملك، وكذا البيع يوجب التسليم، والأخذ ينافيه. (ت)

(١٤) قوله: "لأنه مثل الشراء [فلا يصير ساعيًا فى نقض ما تم منه. ك]" أى فى كونه رغبة فى المشفوعة، والشفعة إنما تبطل بالرغبة عنها. (ع)

(١٥) قوله: "وكذلك" أى كوكيل البائع، لو ضمن المشترى بالدرك رجلا عن البائع، وهو الشفيع، فلا شفعة له؛ لأن تمام البيع إنما كان من جهته من حيث إنه لم يرض المشترى إلا بضمانه، فكان الأخذ بالشفعة سعيًا فى نقض ما تم من جهته. (ع)

وكذلك إذا باع، وشرط الخيار لغيره، فأمضى المشروط له الخيار البيع، وهو الشفيع[١]، فلا شفعة له؛ لأن البيع تم بإمضاءه[٢]، بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى[٣].

قال[٤]: وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلّم[٥]، ثم علم أنها بيعت بأقل، أو بحنطة، أو شعير قيمتها ألف، أو أكثر[٦]، فتسليمه باطل، وله الشفعة؛ لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن فى الأول[٧]، ولتعذر الجنس الذى بلغه، وتيسر ما بيع به فى الثانى؛ إذ الجنس[٨] مختلف. وكذا كلّ مكيل، أو موزون، أو عددى متقارب[٩]، بخلاف[١٠] ما إذا علم[١١] أنها بيعت بعرض قيمته ألف، أو أكثر؛ لأن الواجب فيه القيمة[١٢]، وهى دراهم أو دنانير، وإن بان[١٣] أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف، فلا شفعة له، وكذا إذا كانت[١٤] أكثر، وقال زفر رحمه الله[١٥]: له الشفعة

---

(١٦) أي الضامن.

(١٧) لأن ضمان الدرك تقرير للبيع، فكان ضامناً منه كالبائع. (ك)

(١) أى المشروط له بالخيار.

(٢) فإن تمام البيع بإجازة من شرط له البائع الخيار. (ك)

(٣) قوله: "بخلاف إلخ" أى لو اشترى المشترى الخيار للشفيع، فأمضى الشفيع البيع، لم يبطل شفعته، يريد به إذا طلب الشفعة قبل الإجازة؛ لأنه بمنزلة المشترى من وجه؛ لأنه وكيل عن المشترى فى الإجازة، والمشترى من كل وجه كان له الشفعة، فكذا المشترى من وجه. (غن)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) الشفعة.

(٦) أو أقل، كذا فى "النهاية".

(٧) قوله: "إنما سلم لاستكثار إلخ" فإذا ظهر الأقل من ذلك بطل تسليمه، قال فى "النهاية": كأنه قال: سلمته إن كان الثمن ألفاً لتسليم مشروط ينتفي بانتفاء شرطه، بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف، فإن مستكثر الألف أكثر استكثاراً للأكثر، فكان التسليم صحيحاً. (ع)

(٨) أى لا اختصاص بالحنطة والشعير.

(٩) لكونه فى معنى المكيل. (ع)

(١٠) حيث لا يبطل تسليمه. (ك)

(١١) أي ثانياً.

(١٢) قوله: "لأن الواجب فيه [أى فيما إذا باع بعرض] إلخ" فصار كما لو قيل: بيعت بألف فسلم، ثم ظهر أكثر من ذلك، ولو كان قيمة العرض أقل من ذلك لم يصح التسليم. (ع)

(١٣) أى ثانياً.

لاختلاف[١] الجنس[٢]، ولنا أن الجنس متحد[٣] في حق الثمنية[٤].

قال[٥]: وإذا قيل له: إن المشترى فلان، فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة؛ لتفاوت الجوار[٦]، ولو علم[٧] أن المشترى هو مع غيره، فله أن يأخذ نصيب غيره؛ لأن التسليم لم يوجد فى حقه[٨]، ولو بلغه شراء النصف فسلم، ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة؛ لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة، وفى عكسه[٩] لا شفعة فى ظاهر الرواية[١٠]؛ لأن التسليم فى الكل تسليم فى أبعاضه.

فصل[١١]

قال[١٢]: وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع منها فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له؛ لانقطاع الجوار، وهذه حيلة[١٣]، وكذا إذا وهب[١٤] منه هذا المقدار وسلمه

---

(١٤) أى قيمة الدنانير.

(١٥) قوله: "وقال زفر إلخ" وذكر الاختلاف فى الأسرار بين علمائنا الثلاثة، قال: إذا قبل الشفيع الشراء بألف درهم فسلّم، فإذا بدنانير تساوى ألفًا كان له أن يطلب عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: بطلت شفعة استحسانًا؛ لأنه جنس واحد فى حق التجارات وضمانها.

وجه القياس أن الإنسان قد يتيسر عليه الشراء بأحدهما دون الآخر، والرضاء بأحدهما لا يدل على الرضا بالآخر، وإن كان الجنس واحداً، فإنه لو رضى بدراهم جياد، فإذا هى غلة كان له الطلب. (ك)

(١) بدليل حل التفاضل. (كافى)

(٢) أى جنس الدرهم تخيف جنس الدينار.

(٣) ولهذا يضم فى الزكاة. (كافى)

(٤) وكلامنا فيها.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره. (ع)

(٧) ثانيا.

(٨) غير.

(٩) قوله: "وفى عكسه" أى لو أخبر بشراء الكل فسلم، ثم ظهر أنه اشترى النصف، فلا شفعة، قال: شيخ الإسلام: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، فأما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم ظهر أنه اشترى النصف بخمسمائة، يكون على شفعته. (ن)

(١٠) قوله: "فى ظاهر الرواية" احتراز عما روى عن أبى يوسف على عكس هذا؛ لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع، وقد يكون له حاجة إلى النصف، ليتم به مرافق ملكه، ولا يحتاج إلى الجميع. (ع)

(١١) قوله: "فصل" لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الأحوال، علم تلك الأحوال فى هذا الفصل؛ لأنه يحتمل أن يكون الجار فاسقًا يتأذى به، وفى استعمال الحيلة؛ لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار، فاحتيج إلى بيانه. (ن)

(١٢) القدورى. (عينى)

(١٣) لإسقاط الشفعة.

إليه؛ لما بينا[١].

قال[٢]: وإذا ابتاع منها[٣] سهما[٤] بثمن، ثم ابتاع بقيتها، فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني[٥]؛ لأن الشفيع[٦] جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك[٧]، فيتقدم عليه، فإن أراد الحيلة[٨] ابتاع السهم بالثمن[٩] إلا درهما مثلا، والباقي بالباقي[١٠]، وإن ابتاعها[١١] بثمن، ثم دفع إليه ثوبا عوضا عنه[١٢]، فالشفعة بالثمن دون الثوب؛ لأنه[١٣] عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار.

وقال[١٤]: وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة، فيباع[١٥] بأضعاف قيمته، ويعطى بها ثوب[١٦] بقدر قيمته، إلا أنه لو استحقت المشفوعة[١٧]، يبقى كل الثمن

---

(١٤) أي وهب المالك المشتري.

(١) إشارة إلى قوله: "لانقطاع الجوار".

(٢) القدوري. (عيني)

(٣) دار.

(٤) كالثلث.

(٥) قوله: فالشفعة [مبتدأ] للجار [خبر] إلخ" وفي "المستصفى شرح النافع" للعلامة النسفي، تأويل المسألة إذا بلغه بيع سهم منها فرده، أما إذا بلغه البيعان فله الشفعة، وتعليل هذه المسألة بقوله: "لأن الشفيع جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك، فيقدم عليه؛ ليقتضي الإطلاق، وعلى هذا عبارة عامة الكتب. (ك)

قوله: "فالشفعة" أي همسايه شفيع مى شود در حصه كه اول خريد آن را نه در بقيه خانه. (فارسي)

(٦) الجار.

(٧) قوله: "إلا أن المشتري في الثاني شريك إلخ" لأنه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الأول، واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة؛ لكونه في ملكه بعد، فيتقدم على الجار. (ع)

(٨) قوله: "فإن أراد الحيلة إلخ" وهذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع، والأول إلى الإبطال. (غن)

(٩) أي بكل الثمن.

(١٠) قوله: "والباقي بالباقي" فلا يرغب الجار في الأول لكثرة الثمن، ولا حق له فيما بقي؛ لأنه صار شريكا، وهو مقدم على الجار. (ك)

(١١) دار.

(١٢) ثمن.

(١٣) أي لأن دفع الثوب.

(١٤) أي المصنف. (عيني)

(١٥) المبيع.

(١٦) أي ببدل أضعاف قيمته.

(١٧) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: وهذه حيلة أخرى، يعني أنها حيلة عامة، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار. (عناية)

على مشترى الثوب[١]؛ لقيام البيع الثانى[٢]، فيتضرر به[٣]. والأوجه أن يباع[٤] بالدراهم[٥] الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف[٦]، فيجب رد الدينار لا غير[٧]. قال[٨]: ولا تكره الحيلة فى إسقاط الشفعة عند أبى يوسف، وتكره عند محمد؛ لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر، ولو أبحنا الحيلة[٩] ما دفعناه.

ولأبى يوسف أنه منع عن إثبات الحق، فلا يعد ضرراً[١٠]، وعلى هذا الخلاف الحيلة[١١] فى إسقاط الزكاة.

مسائل متفرقة[١٢]

قال[١٣]: وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن اشتراها[١٤] رجل من خمسة أخذها[١٥] كلها، أو تركها.

---

(١) أى بائع الدار.

(٢) أى بيع الثوب.

(٣) قوله: "فيتضرر به [البائع]" أى يتضرر مشترى الثوب الذى هو بائع الدار، برجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو أضعاف قيمة الدار، ولا يتمكن البائع من رد الثوب، إلا برضاء المشترى، فعسى لا يرضاه. (ع)

(٤) قوله: "والأوجه أن يباع إلخ" تقريره: إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم، يبيعها بعشرين ألفًا، ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقى عشرة دنانير مثلا، فلو أراد الشفيع أن يأخذها، يأخذها بعشرين ألفًا، فلا يرغب فى الشفعة ولو استحقت الدار على المشترى، لا يرجع المشترى بعشرين ألفًا، إنما يرجع بما أعطاه؛ لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار، فيبطل الصرف. (ع)

(٥) فيكون صرفًا بما فى ذمته من الدراهم. (زيلعى)

(٦) قوله: "يبطل الصرف [للافتراق قبل القبض. زيلعى]" زيرا چه تقابض بدلين كه شرط است در بيع صرف يافته نشد درين صورت بجهت آنكه معلوم گرديد كه واجب نبود بر مشترى بهاى خانه كه بعوض آن دينار خريده بود.

(٧) قوله: "فيجب رد الدينار لا غير "لأنه تبين أنه لم يكن فى ذمة المشترى ألف ثمن الدار، فلم يصر قابضا فى المجلس؛ لكونه فى ذمته، فيبطل الصرف، فلا يلزمه إلا رد الدينار، فصار كمن اشترى من آخر ديناراً بعشر دين، ثم تصادقا أن لا دين عليه، فإنه يرد الدينار كذا ههنا. بخلاف ما إذا دفع الثوب بمقابلة ما فى ذمته من الثمن، وهو أضعاف قيمة الثوب، فلو استحقت الدار المشفوعة يرجع المشترى بثمن الثوب على بائع الدار؛ لأن باستحقاق الدار المشفوعة لا يبطل المبايعة التى جرت بين مشترى الدار وبائعه فى الثوب، ويثبت باستحقاق الدار لمشتريها الرجوع على البائع، فيتضرر بذلك بائع الدار، ولا يقال: باستحقاق الدار المشفوعة، يعلم أن بيع الثوب كان بلا ثمن، فيكون البيع فاسداً، فلا يتضرر مشترى الثوب؛ لأنه لا يطالب بثمن الثوب؛ لأنا نقول: البيع يحتاج إلى ذكر الثمن لا إلى وجوده، ولهذا قلنا: لو باع عبدا بما عليه من الدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فى العبد. (ك)

(٨) أى القدورى (عينى)

(٩) فى دفعه.

(١٠) قوله: "فلا يعد ضرراً" لأنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو مشروع، وإن كان غيره يتضرر فى ضمنه. (ت)

(١١) فإنه لا يكره عند أبى يوسف، وعند محمد رح يكره. (عينى)

(١٢) قوله: "مسائل متفرقة" ذكر مسائل متفرقة فى آخر الكتاب، كما هو المعهود فى ذلك. (ع)

(١٣) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري[١]، فيتضرر به[٢] زيادة الضرر، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة. ولا فرق في هذا[٣] بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده، هو الصحيح[٤]، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم[٥] إذا نقد ما عليه، ما لم ينقد الآخر حصته، كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين[٦]. بخلاف ما بعد القبض، لأنه سقطت يد البائع، وسواء سمى لكل بعض ثمنا، أو كان الثمن جملة؛ لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن[٧]، وههنا تفريعات ذكرناها في "كفاية المنتهي"[٨].

قال[٩]: ومن اشترى نصف دار غير مقسوم، فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري[١٠] أو يدع؛ لأن القسمة من تمام القبض[١١]؛ لما فيها من تكميل الانتفاع، ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة، والشفيع لا ينقض القبض[١٢]،

---

(١٤) دار.

(١٥) الشفيع.

(١) قوله: "تتفرق الصفقة" فلا يملك لما فيه من تبعيض ملكه، وإنه في الأعيان المجتمعة عيب. (عن)

(٢) قوله: "فيتضرر به [أي بتفرق الصفقة عليه] زيادة الضرر إلخ" فإن أخذ الملك منه ضرر، وضرر التشقيص زيادة على ذلك، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل، فلا يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً. (ع)

(٣) قوله: ولا فرق في هذا" أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما، إذا كان قبل قبض المشتري الدار أو بعده. (ع)

(٤) قوله: "هو الصحيح" وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فرق فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك، وبعد القبض له ذلك؛ لأنه متى أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه لم يبق يد البائع، ويقع التملك على المشتري، وقد أخذ منه جميع ملكه، فلا تفريق. (ك)

(٥) مشتريين.

(٦) قوله: بمنزلة أحد المشتريين" يعني أن أحد المشتريين إذا نقد ما عليه من الثمن، ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار حتى ينقد الآخر ما عليه من الثمن، فكذلك ههنا لما نقد الشفيع نصيب أحدهم ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار ما لم ينقد الآخرون بقية الثمن إذا كانت الدار غير مقبوضة. (غاية البيان)

(٧) قوله: "لتفرق الصفقة" حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً، والبائع اثنين، واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة، كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة؛ لأنه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك. (عناية)

(٨) وقد ذكرها الكرخي في "مختصره". (عيني)

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) قوله: "أخذ الشفيع إلخ" وليس له أن ينقض القسمة، بأن يقول للمشتري: ادفع إلى البائع حتى آخذ منه، سواء كانت القسمة بحكم القاضي، أو بغيره. (ع)

(١١) لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص. (ك)

وإن[١] كان له نفع فيه[٢] بعود العهدة على البائع، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه[٣].

بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة، وقاسم المشترى[٤] الذي لم يبع[٥] حيث يكون للشفيع نقضه[٦]؛ لأن العقد[٧] ما وقع مع الذى قاسم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هوحكم العقد[٨]، بل هو تصرف بحكم الملك، فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه[٩] وهبته[١٠].

ثم إطلاق الجواب فى الكتاب[١١] يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أىّ جانب كان[١٢]، وهو المروى عن أبى يوسف؛ لأن المشترى لا يملك إبطال حقه بالقسمة. وعن أبى حنيفة أنه[١٣] إنما يأخذه[١٤] إذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها؛ لأنه[١٥] لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر.

قال[١٦]: ومن باع داراً وله عبد مأذون[١٧] عليه دين[١٨]، فله الشفعة، وكذا إذا

---

(١٢) قوله: "الشفيع لا ينقض القبض" أى إذا قبض المشترى المبيع يأخذ الشفيع من المشترى، ولا يملك أن ينقض قبض المشترى المبيع، فيرده إلى البائع ويأخذ منه؛ لتكون العهدة عليه، فكذا لا ينقض قسمته؛ لأنها من تمام القبض. (ك)

قوله: "لا ينقض القبض [ليعيد الدار إلى البائع. ع]" وهذا لأن القبض بجهة البيع له حكم البيع، فكما لا يملك نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته. (زيلعى)

(١) الواو وصلية.

(٢) أى فى نقض القبض.

(٣) قبض.

(٤) قوله: "وقاسم المشترى إلخ" أى قاسم المشترى مع الشريك الذى لم يبع كان للشفيع نقضه؛ لأن هذه القسمة لم تجز بين العاقدين، فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد، فجعلت مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة. (كافى)

(٥) مفعول لقاسم.

(٦) قسمة.

(٧) بيع.

(٨) قوله: "فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هوحكم إلخ" لأن القسمة مع غير العاقد ليس من تمام القبض المستحق بالعقد، إنما هو تصرف باشره بحكم الملك. (كافى)

(٩) مشترى.

(١٠) مشترى.

(١١) قوله: "ثم إطلاق الجواب فى الكتاب [أى فى "الجامع الصغير". ع]" وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى. (ك)

(١٢) أى بجواره أو غيره.

(١٣) شفيع.

(١٤) نصف.

(١٥) شفيع.

(١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

كان العبد هو البائع، فلمولاه الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة تملّك بالثمن، فينزل منزلة الشراء[١]، وهذا لأنه مفيد؛ لأنه يتصرف للغرماء، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين[٢]؛ لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له[٣].

قال[٤]: وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز[٥] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر رحمهم الله تعالى: هو على شفعته إذا بلغ.

قالوا[٦]: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما[٧] شراء دار بجوار دار الصبي، فلم يطلبا الشفعة[٨]، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل[٩] بطلب الشفعة[١٠] في رواية كتاب الوكالة[١١]، وهو الصحيح[١٢]. لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان[١٣] إبطاله كديته وقوده[١٤]؛ ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به.

---

(١٧) وهو شفيعها. (كافي)

(١٨) يحيط برقبته. (زيلعي)

(١) قوله: "فينزل منزلة الشراء" لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه يجوز إذا كان على العبد دين؛ لأنه يفيد ملك اليد، فكذا الأخذ بالشفعة. (كافي)

(٢) فليس لمولاه الشفعة.

(٣) قوله: "ولا شفعة لمن إلخ" بخلاف ما إذا اشترى؛ لأنه ابتيع له، ومن ابتاع أو ابتيع له لا يبطل شفعته. (ت)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) قوله: "وتسليم الأب والوصي إلخ" قد ذكرنا أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير؛ لاستوائهم في سببه، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامهم شرعاً في استيفاء حقوقه، وهو الأب، ثم وصيه، ثم جده أبو أبيه، ثم وصيه، ثم الوصي الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد من هؤلاء، فهو على شفعته إذا أدرك، فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان، أو سلم بعد الطلب سقطت. (ع)

(٦) المشايخ.

(٧) الأب والوصي.

(٨) أي تركا.

(٩) قوله: "وعلى هذا الخلاف تسليم إلخ" فيصح التسليم، لكن عند أبي حنيفة إذا كان في مجلس القاضي؛ لأن الوكيل بطلبها يقوم مقام الموكل في الخصومة، ومحلها مجلس القاضي، وعند أبي يوسف فيه وفي غيره؛ لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً، وعند محمد وزفر حينئذ لا يصح منه التسليم أصلاً. (ع)

(١٠) الباء متعلق بالوكيل لا بالتسليم. (نهاية)

(١١) من "المبسوط".

(١٢) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما روى أن محمداً مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة، خلافاً لأبي يوسف. (ع)

(١٣) الأب والوصي.

(١٤) أي إذا كان دية الصغير وقوده على رجل لا يملكان إبطاله.

ولهما أنه في معنى التجارة[(١)] فيملكان[(٢)] تركه، ألا ترى أن من أوجب بيعًا للصبي صح رده من الأب والوصي، ولأنه دائر بين النفع والضرر[(٣)]، وقد يكون النظر في تركه؛ ليبقى الثمن على ملكه[(٤)]، والولاية نظرية فيملكانه[(٥)]، وسكوتهما كإبطالهما[(٦)]؛ لكونه[(٧)] دليل الإعراض، وهذا[(٨)] إذا بيعت بمثل قيمتها[(٩)]، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه[(١٠)]، قيل: جاز التسليم بالإجماع[(١١)]، لأنه تمحض نظرا، وقيل: لا يصح بالاتفاق[(١٢)]؛ لأنه[(١٣)] لا يملك الأخذ، فلا يملك التسليم كالأجنبي[(١٤)]، وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة[(١٥)] كثيرة. فعن أبي حنيفة[(١٦)] أنه لا يصح التسليم منهما أيضًا[(١٧)]، ولا رواية عن أبي يوسف، والله أعلم.

---

(١) قوله: "أنه [أي أن الأخذ بالشفعة] في معنى التجارة" بل عينها، ألا ترى أنه مبادلة المال بالمال. (ت)

(٢) الأب والوصي.

(٣) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود . (نهاية)

(٤) قوله: "ليبقى الثمن" فيحمل على أن يكون الترك أنفع بإبقاء الثمن على ملك الصغير، فيملكه كالأخذ، بخلاف القود وأختيه، فإنه إبطال بغير عوض، وههنا إبطال بعوض يقابله، وهو الثمن، فلا يعد ضررًا. (زيلعي)

(٥) تركه.

(٦) قوله: "وسكوتهما [الأب والوصي] إلخ" لما كان ما ذكر من الدليل مختصًا بالتسليم، أردفه بقوله: وسكوتهما إلخ. (ع)

(٧) سكوت.

(٨) أي هذا الخلاف.

(٩) أو الغبن اليسير من المثل. (ع)

(١٠) أي بغبن فاحش. (ع)

(١١) من غير خلاف بين زفر ومحمد رحمهما الله تعالى. (ع)

(١٢) هذا هو الأصح. (ك)

(١٣) أي لأن الأب والوصي.

(١٤) فيكون الصبي على حقه إذا بلغ. (ع)

(١٥) محاباة: فروگذاشت كردن. (من)

(١٦) قوله: "فعن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم إلخ" وإذا لم يصح التسليم عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضًا؛ لأنهما لم يريا تسليمهما فيما إذا بيعت بمثل الثمن، فأن لا يريا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى، وإنما خص قول أبي حنيفة بالذكر؛ لأن المحابات الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة، ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير. ولكن قال: لا يصح التسليم في هذا؛ لأن تصرفهما في مال إنما يكون بالتي هي أحسن، وليس تركهما ههنا كذلك، ولهذا المعنى أيضًا خص قول أبي يوسف بقوله: "ولا رواية عن أبي يوسف" لأنه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها. (ع)

(١٧) الأب والوصي.

كتاب القسمة[١]

قال[٢]: القسمة[٣] فى الأعيان المشتركة مشروعة؛ لأن النبى عليه السلام باشرها[٤] فى المغانم والمواريث، وجرى التوارث بها من غير نكير *، ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة[٥]، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذه عوضًا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه، فكان مبادلةً وإفرازًا[٦]. والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات[٧]، لعدم التفاوت[٨]، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه[٩] حال غيبة صاحبه، ولو اشترياه[١٠] فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن. ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض[١١] للتفاوت[١٢]، حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو

---

(١) قوله: "كتاب القسمة" أورد القسمة عقيب الشفعة؛ لأن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع، فإن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه، باع ووجب عنده الشفعة، وقدم الشفعة؛ لأن بقاء ما كان على ما كان أصل. (منح الغفار)

(٢) أى المصنف. (عينى)

(٣) قوله: "القسمة" وهى فى اللغة: اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء، وفى الشريعة: جمع النصيب الشائع فى مكان معين، وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص، وركنه ما يحصل به الإفراز والتميز بين النصيبين كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المزروعات والعد فى المعدودات، وشرطها أن لا يفوت منفعته بالقسمة، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما. (ع)

(٤) قوله: "باشرها [ولقوله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم . (زيلعى)، كما هو مشحون فى كتب الحديث]" أما قسمته فى الغنائم فقد ذكرناها فى كتاب السير، وأما قسمته فى المواريث فقد أخرجه النسائى والبخارى والحاكم وأبو داود والترمذى. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٩٦ ص٢٠٤. (نعيم)

(٥) قوله: "ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة" سواء كانت فى ذوات الأمثال، أو فى غير ذوات الأمثال. (ع)

(٦) قوله: "فكان مبادلةً وإفرازًا" لأنه ما من جزء إلا وهو مشتمل على النصيبين، فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف ملكه، ولم يستفد من صاحبه، فكان إفرازًا، والنصف الآخر كان لصاحبه، فصار له عوضًا عما فى يد صاحبه فكان مبادلة. (ك)

(٧) والعدديات المتقاربة. (زيلعى)

(٨) قوله: "لعدم التفاوت" أى بين أبعاض المكيلات والموزونات؛ لأن ما يأخذه مثل حقه صورةً ومعنًى، فأمكن أن يجعل عين حقه، ولهذا جعل عين حقه فى القرض وقضاء الدين. (كافى)

(٩) ولو كانت مبادلة يشترط رضاه. (كافى)

(١٠) أى مكيلا أو موزونًا.

(١١) قوله: "هو الظاهر إلخ" فإن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل، لما ترك على صاحبه بيقين، فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكمًا. (ع)

(١٢) قوله: "للتفاوت" أى بين أبعاضها، فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ حقه. (كافى)

اشترياه[١]، فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة، إلا أنها إذا كانت من جنس واحد[٢]، أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد، والمبادلة مما يجرى فيه الجبر، كما فى قضاء الدين[٣].

وهذا[٤] لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضى إجابته[٥]، وإن كانت أجناسًا مختلفة[٦] لا يجبر القاضى[٧] على قسمتها؛ لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد[٨]، ولو تراضوا عليها[٩] جاز؛ لأن الحق لهم.

قال[١٠]: وينبغى للقاضى أن ينصب قاسمًا[١١] يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر؛ لأن القسمة من جنس عمل القضاء[١٢] من حيث أنه يتم به قطع المنازعة، فأشبه رزق القاضى[١٣]؛ ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة، فتكون كفايته فى مالهم[١٤] غُرما بالغنم.

---

(١) أى غير المكيل والموزون.

(٢) قوله: "إلا أنها [أى حيوانات والعروض] إلخ" جواب سؤال يرد على قوله: ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض، وفى "المغنى": فإن قيل: لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبى عليها، أى فى غير ذوات الأمثال، وبالإجماع يجبر. قلنا: يجبر على هذه المبايعة باعتبار حق مستحق للغير، ألا ترى أن المشترى يجبر على تسليم الدار إلى الشفيع، وإن كان التسليم إليه مبايعة، وإنما يجبر لحق الشفيع. (ك)

(٣) قوله: "كما فى قضاء الدين" فإن المقبوض ليس عين الدين، وإنما هو بدل منه، والمديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضى الدين، فجريان الجبر لا ينفى المبايعة. (مل)

(٤) إشارة إلى قوله: أجبر القاضى على القسمة إلخ. (عن)

(٥) فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره. (ع)

(٦) كالغنم والبقر الإبل.

(٧) الآبى.

(٨) قوله: "لتعذر المعادلة إلخ" لأن القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة، والتراضى فى التجارة شرط بالنص. (ع)

(٩) قسمة.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) فاعل من قسم يقسم من ضرب يضرب. (عينى)

(١٢) قوله: "من جنس عمل القضاء" وليست القسمة بقضاء على الحقيقة، حتى لا يفرض على القاضى مباشرتها، وإنما الذى يفرض عليه جبر الآبى على القسمة، إلا أن لها شبها بالقضاء من حيث إنها يستفاد بولاية القضاء، حتى ملك القاضى جبرًا لآبى، ولم يملك الأجنبى ذلك، فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب أن يأخذ الأجر عليها. (ك)

(١٣) أى رزق القاسم.

قال(١): فإن لم يفعل نصب قاسمًا يقسم بالأجر، معناه بأجر على المتقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة، والأفضل أن يرزقه من بيت المال؛ لأنه أرفق بالناس(٢)، وأبعد عن التهمة(٣).

ويجب أن يكون(٤) عدلا مأمونًا(٥) عالمًا بالقسمة؛ لأنه(٦) من جنس عمل القضاء؛ ولأنه لا بد من القدرة، وهي بالعلم، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة. ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد، معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه؛ لأنه لا جبر على العقود؛ ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله، ولو اصطلحوا(٧) فاقتسموا جاز، إلا إذا كان فيهم صغير، فيحتاج إلى أمر القاضى؛ لأنه لا ولاية لهم عليه(٨).

قال: ولا يترك القُسَّام(٩) يَشتركون(١٠)؛ كيلا تصير الأجرة غالية(١١) بتواكلهم(١٢)، وعند عدم الشركة يتبادر(١٣) كل منهم إليه(١٤) خيفة الفوت، فيرخص

---

(١٤) كالقضاة والمقاتلة والمفتين. (زيلعى)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: " لأنه أرفق بالناس إلخ" لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال، لايميل بأخذ الرشوة إلى البعض. (ع)

(٣) قوله: "وأبعد عن التهمة" أى تهمة الميل إلى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة. (ك)

(٤) قاسم.

(٥) قوله: "عدلا مأمونًا" ذكر الأمانة بعد العدالة، وإن كانت من لوازمها؛ لجواز أن تكون غير ظاهر الأمانة. (ك)

(٦) قسمة.

(٧) قوله: "ولو اصطلحوا إلخ" أى الشركاء لا يرفع الأمر إلى القاضى، بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم فهو جائز؛ لأن فى القسمة معنى المعاوضة، فيثبت بالتراضى، كما فى سائر المعاوضات، كذا فى أدب القاضى. (نهاية)

(٨) قوله: " لأنه لا ولاية لهم عليه" أى صغير، وتصرفه لا ينفذ. (زيلعى)

(٩) قوله:ولا يترك القسام [جمع القاسم (ن)، أى يمنعهم القاضى من الاشتراك. زيلعى] إلخ " أى لا يخلى القاضى القاسمين المعينين بأنفسهم على رأيهم فى الاشتراك، بحيث لا يتجاوز أمرالقسمة عنهم إلى غيرهم؛ لأنه لو عينهم فى الاستجار لعل القسام يكلفون زيادة على أجر المثل، فيتضرر بها المتقاسمون، بل يقول القاضى لكل واحد من المتقاسمين استبدانت بالقسمة من غير مشاركة الآخر.

فكان كل واحد منهم ماذونًا ومجازًا بالقسمة من جانب القاضى، فحينئذٍ يتسارع كل من القسام إلى ما تيسر من الأجر، فيقسم الأموال المشتركة بأرخص الأجور كيلا يفوت منه ذلك وإن قل، فلا يتضرر به المتقاسمون. (نهاية)

(١٠) أى فى الأجرة والقسمة.

(١١) فيضرر الناس. (زيلعى)

(١٢) التواكل هو أن يتكل بعضهم على بعض. (نهاية)

(١٣) يتسارع.

(١٤) قسمة.

الأجر[1]. قال[2]: وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: على قدر الأنصباء؛ لأنه مؤنة الملك[3]، فيتقدر بقدره[4]، كأجرة الكيّال والوزّان[5]، وحفر البير المشتركة، ونفقة المملوك المشترك.

ولأبي حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز[6]، وإنه لا يتفاوت[7]، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر، فتعذر اعتباره، فيتعلق الحكم بأصل التمييز. بخلاف حفر البئر؛ لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت[8].

والكيل والوزن إن كان للقسمة، قيل: هو على الخلاف[9]، وإن لم يكن[10] للقسمة، فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت[11]، وهو العذر[12] لو

(١) رخص –بالضم– ارزانى وارزان شدن. (م)

(٢) القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "لأنه [أجرة] مؤنة الملك إلخ" ولأن المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم من الانتفاع بنصيبه ومنفعة صاحب الكثير أكثر، فيكون مؤنة عليه أكثر. (زيلعي)

(٤) ملك.

(٥) قوله: "كأجرة الكيال [فإن هذه كلها على قدر الأنصباء] إلخ" يعني إذا استأجروا الكيّال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم، فالأجرة على قدر الأنصباء، وكذلك الوزّان والحافر. (ع)

(٦) قوله: "أن الأجر إلخ" تحقيقه أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشي على الحدود؛ لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه، فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل؛ لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصباء ويزداد دقه بقلة الأنصباء، فلعل تمييز نصيب القليل أشق، ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه، فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة، فيتعلق الحكم بأصل التمييز. (ع)

(٧) لأن تمييز الأقل من الأكثر كتمييز الأكثر من الأقل. (ك)

(٨) بالقلة والكثرة.

(٩) قوله: "قيل هو على الخلاف [فلا يصح القياس، فإن المكيل والموزون يقسم بذلك، والكيّال والوزّان بمنزلة القسام. ك] إلخ" يعني إذا استأجروا رجلا لكيل الحنطة المشتركة بينهم، أو لذرع ثوب مشترك بينهم، إن كان الاستئجار لأجل القسمة فالمسألة على الخلاف. (نهاية)

(١٠) قوله: "وإن لم يكن [الكيل والقسمة] للقسمة إلخ" بأن اشتريا مكيلا أو موزونًا وأمرًا أمينًا، بأن يكيله ليصير الكل معلوم القدر، فالأجر بقدر الأنصباء. (ع)

(١١) بالقلة والكثرة.

(١٢) قوله: "وهو العذر إلخ" [وإلى صحة رواية الإطلاق مال الإمام شمس الأئمة سرخسي. ك] أي العذر هو أن الأجرة مقابل بعمل الكيل والوزن لو أطلق، ولا يفصل أي لو أريد إجراء المسألة على الإطلاق من غير أن يفصل أنه للقسمة أولا. (ك)

قوله: "وهو العذر إلخ" أي التفاوت هو العذر أي الجواب عن قياسهما على أجرة الكيال والوزان، لو كان الأجرة تجب ثمة مطلقًا بلا تفصيل على قدر الأنصباء، فإن كيل الكثير أشق وأصعب لامحالة من القليل، وكذلك الوزان بخلاف القسام، فإن القسمة إفراز، والشريكان فيه سواء، فإذا أفرز القليل أفرز الكثير لا محالة، ولا بالعكس. (عن)

أطلق[١] ولا يفصل[٢]، وعنه[٣] أنه على الطالب[٤] دون الممتنع لنفعه[٥] ومضرة الممتنع. قال[٦]: وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار، أو ضيعة[٧]، وادعوا أنهم ورثوها[٨] عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة، حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته.

وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم، ويذكر[٩] في كتاب القسمة[١٠] أنه[١١] قسمها بقولهم، وإن كان المال المشترك ما سوى العقار[١٢]، وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعًا، ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم.

لهما أن اليد دليل الملك[١٣]، والإقرار إمارة الصدق، ولا منازع لهم فيقسمه بينهم، كما في المنقول الموروث، والعقار المشترى، وهذا لأنه لا منكر[١٤] ولا بينة إلا على المنكر، فلا يفيد[١٥] إلا أنه يذكر[١٦] في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم؛ ليقتصر عليهم ولا يتعداهم[١٧]

---

(١) وإلى صحة رواية الإطلاق مال الإمام شمس الأئمة سرخسي. (ك)

(٢) تأكيد وبيان.

(٣) أي عن أبي حنيفة. (ن)

(٤) أي أن الأجر كله. (ع)

(٥) قوله: "دون الممتنع لنفعه [طالب] إلخ" روى الحسن عن أبي حنيفة أن الأجر على الطالب للقسمة دون الممتنع، وقال صاحباه: عليهما. له أن الطالب للقسمة أنما يطلبها لمنفعة نفسه، والممتنع إنما يمتنع لضرر يلحقه بها، فلا معنى لإيجاب الأجرة على من لا منفعة له. (ك)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: " وفي أيديهم داراً أو ضيعة [زمين] إلخ" قيد بهما لأنه إذاكان في أيديهم عروض أو شيء مما ينقل، قسم بإقرارهم بالاتفاق. (ك)

(٨) قوله: "وادعوا أنهم ورثوها [وطلبوا قسمة. ع] قيد به؛ لأنهم لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم بإقرارهم بالاتفاق. (ك)

(٩) القاضي.

(١٠) أي الكتاب الذي يكتب القاضي. (ع)

(١١) القاضي.

(١٢) أي منقولا.

(١٣) قوله: "لهما أن إلخ "يعني أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة في الملك، أو لتهمة في دعواه أو لمنازع للمدعي في دعواه، وكل من ذلك لا يتحقق؛ لأن اليد إلخ. (ع)

(١٤) لما قالوا.

(١٥) إقامة البينة.

(١٦) القاضي.

وله أن القسمة قضاء على الميت، إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت[١] الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها[٢]، ويقضى ديونه منها، بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كانت[٣] قضاء على الميت، فالإقرار ليس بحجة عليه[٤]، فلا بد من البينة، وهو مفيد[٥]؛ لأن بعض الورثة ينتصب[٦] خصمًا عن المورث، ولا يمتنع ذلك بإقراره كما فى الوارث[٧]، أو الوصى المقر بالدين، فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره، بخلاف المنقول[٨]؛ لأن فى القسمة نظرًا للحاجة إلى الحفظ. أما العقار فمحصن[٩] بنفسه ولأن المنقول مضمون على من وقع فى يده[١٠]، ولا كذلك العقار عنده[١١]. و بخلاف المشترى[١٢]؛ لأن المبيع لا يبقى على ملك[١٣] البائع وإن[١٤] لم

---

(١٧) قوله: "ليقتصر [التقسيم] عليهم [أى حكم القاضى] ولا يتعداهم إلخ" وذلك لأن حكم القسمة بالبينة، بخلاف حكم القسمة بالإقرار؛ لأن حكم القسمة بالبينة يتعدى إلى الغير، حتى لو ادعت أم ولد هذا الميت أو مدبره العتق، فالقاضى يقضى لهما بالعتق، ولا يكلفهما إقامة البينة على الموت، وحكم القسمة بالإقرار لا يتعدى، ألا ترى أنه لا يقضى بالعتق فى هاتين الصورتين، إلا ببينة تقوم على الموت. (ك)

(١) فى التركة.

(٢) قوله: "تنفذ وصاياه فيها [زيادة] إلخ" وعن هذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان، فولدت قبل القسمة، تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلاث، كأنه أوصى بهما. (ع)

(٣) أى القسمة.

(٤) ميت.

(٥) جواب عن قولهما فلا يفيد. (ع)

(٦) قول: "لأن بعض الورثة ينتصب [لأنه لما لم يعتبر إقراره عليه يجعل كالعدم. ك] خصمًا [منكرًا] عن المورث إلخ" بأن يجعل أحد الحاضرين مدعيًا والآخر مدعى عليه، فإن قيل: كل منهم يدعى ما يدعى صاحبه، والمقر لا يصلح خصمًا للمدعى عليه. أجاب بقوله: ولا يمتنع ذلك أى كونه خصمًا بسبب إقراره، لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصمًا، كما فى الوارث إلخ. (عناية)

(٧) قوله: "كما فى الوارث إلخ" أى كما لو ادعى رجل دينًا على الميت وقدم وارثًا من ورثته إلى القاضى، فأقر له الوارث بحقه، فأراد الطالب أن يقيم البينة عند القاضى على حقه، ليكون حقه فى جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة، فإن القاضى يقبل بينته ويحكم له بدينه فى جميع مال الميت؛ لأن المدعى يحتاج إلى إثبات الدين فى حقه وحق غيره، وكذا الوصى إذا أقر بالدين تقبل البينة عليه، مع إقراره لبطلان إقراره. (ك)

(٨) جواب عن قولهما، كما فى المنقول المورث. (ع)

(٩) محفوظ.

(١٠) قوله: " مضمون على من وقع فى يده إلخ" بعد القسمة، ففى القسمة جعله مضمونًا، وفى ذلك نظر للميت، بخلاف العقار عند أبى حنيفة، فإنه لا يصير مضمونًا على من وقع فى يده عنده. (ع)

(١١) لأن غصب العقار لا يتحقق عنده. (كافى)

(١٢) جواب عن قولهما: والعقار المشترى. (عناية)

(١٣) بعد البيع والتسليم. (ك)

يقسم، فلم تكن القسمة قضاء علي الغير[١].

قال[٢]: وإن ادّعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه[٣] بينهم؛ لأنه ليس في القسمة قضاء علي الغير؛ لأنهم ما أقروا بالملك لغيرهم، قال[٤]: هذه رواية كتاب القسمة[٥]. وفي "الجامع الصغير": أرض ادعاها رجلان، وأقاما البينة أنها في أيديهما، وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما؛ لاحتمال أن تكون لغيرهما، ثم قيل: هو قول أبي حنيفة خاصة[٦]، وقيل: هو قول الكل، وهو الأصح؛ لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه[٧]، وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه، ولا ملك[٨]، فامتنع الجواز.

قال[٩]: وإذا حضر وارثان وأقاما البينة علي الوفاة[١٠] وعدد الورثة، والدار في أيديهم[١١]، ومعهم وارث غائب، قسمها القاضي بطلب الحاضرين، وينصب[١٢] وكيلا يقبض نصيب الغائب، كذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيًّا يقبض نصيبه؛ لأن فيه نظرًا للغائب والصغير[١٣]، ولا بد من إقامة البينة في هذه

---

(١٤) الواو وصلية

(١) بخلاف الإرث.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) القاضي.

(٤) أي المصنف. (عيني)

(٥) قوله: هذه رواية كتاب القسمة [من المبسوط]" يعني القسمة فيما بينهم من غير إقامة البينة. (ع)

(٦) قوله: "هو قول أبي حنيفة [أي ما في الجامع الصغير] إلخ" وعندهما يقسم بينهما؛ لأنهما يقسمان في الميراث بلا بينة، ففي هذا أولى. (ع)

(٧) قوله: "لأن قسمة الحفظ إلخ" يعني أن القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، قسمة لحق اليد لأجل الحفظ والصيانة، والثاني في العقار غير محتاج إليه؛ لأنه محفوظ بنفسه، فتعين قسمة الملك، وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك، ولا ملك بدون البينة، فامتنع الجواز. (ع)

(٨) بدون البينة.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) أي وفاة المورث.

(١١) قوله: "والدار في أيديهم [أي في أيدي الحضور. ك] إلخ" والضمير في قولهم في أيديهم ذكر بلفظ الجمع، و إن كان راجعًا إلى التثنية؛ لأن في التثنية معنى الجمع. (غن)

(١٢) القاضي.

(١٣) قوله: "لأن فيه نظرًا للغائب والصغير إلخ" أي بظهور نصيبهما مما في يد الغير، فإنه بالقسمة يعزل نصيب الغائب، فكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير. (ك)

الصورة[١] عنده أيضًا[٢]، خلافًا لهما كما ذكرناه من قبل[٣].

ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم[٤]، والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة، حتى يرد[٥] بالعيب، ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث[٦]، أو باع[٧]، ويصير مغرورًا بشراء المورث[٨]، فانتصب أحدهما[٩] خصمًا عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ[١٠]، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه، فلا يصلح الحاضر خصمًا عن الغائب فوضح الفرق. وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه[١١] لم يقسم[١٢]، وكذا[١٣] إذا كان في يد مودعه[١٤]، وكذا[١٥] إذا كان في يد الصغير؛ لأن القسمة قضاء على الغائب[١٦]، والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر[١٧] عنهما، وأمين الخصم[١٨] ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه،

---

(١) يعني فيما إذا كان معهما صبي عند أبي حنيفة إلخ"، كما إذا كان معهما غائب. (عناية)

(٢) قوله: "عنده [أبي حنيفة] أيضًا" بل أولى؛ لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير، بقولهم: وعندهما يقسمها بينهم بإقرارهم، ويعزل حق الغائب والصغير، ويشهد أنه قسمها بإقرار الكبار الحضور، فإن الصغير أو الغائب على حجته. (كافي)

(٣) قوله: "كما ذكرنا من قبل" يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة، حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته، وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم. (عناية)

(٤) وإن أقاموا البينة على الشراء. (م)

(٥) عن المورث.

(٦) لف ونشر مرتب.

(٧) المورث.

(٨) قوله: "ويصير مغرورًا إلخ" صورته اشترى المورث جارية ومات، واستولدها الوارث، ثم استحقت، يكون الولد حرا بالقيمة، ويرجع الوارث بها وبالثمن على البائع كالمورث. (م)

(٩) وارثين.

(١٠) جديد. (كافي)

(١١) أي من العقار.

(١٢) وإن قامت البينة ما لم يحضر الغائب. (ك)

(١٣) أي لا يقسم.

(١٤) غائب.

(١٥) أي لا يقسم.

(١٦) بإخراج شيء مما كان في يده عن يده. (ك)

(١٧) أي نائب.

(١٨) أي المودع.

والقضاء من غير خصم لا يجوز، ولا فرق في هذا الفصل[١] بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح[٢]، كما أطلق[٣] في الكتاب[٤].

قال[٥]: وإن حضر وارث واحد لم يقسم، وإن[٦] أقام البينة؛ لأنه لا بد من حضور خصمين؛ لأن الواحد[٧] لا يصلح مخاصِمًا ومخاصَمًا[٨]، وكذا مقاسِمًا ومقاسَمًا، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا[٩].

ولو كان الحاضر صغيراً وكبيراً[١٠]، نصب القاضي عن الصغير وصيًا[١١]، وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث كبير، وموصى له[١٢] بالثلث فيها[١٣]، فطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه؛ لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه، وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه.

---

(١) قوله: "في هذا الفصل" إشارة إلى قوله: وإن كان العقار في يد الوارث الغائب، أو شيء منه لم يقسم. (ك)

(٢) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكر في "المبسوط"، وإن كان شيء من العقار في يد الصغير، أو الغائب لايقسمها بإقرار الحضور، حتى يقوم البينة على أصل الميراث؛ لأنها قامت لإثبات ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل. (مل)

(٣) وهو قوله لم يقسم من غير ذكر إقامة البينة على الإرث. (ك)

(٤) أي الجامع الصغير.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "لأن الواحد لا يصلح إلخ" فالحاضر إن كان خصمًا عن نفسه، فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب، وإن كان خصمًا عنهما فما ثمه من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة. (عناية)

(٨) قوله: لا يصلح مخاصِماً ومخاصَماً" وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنه يحتاج إلى إقامة البينة، وقوله: مقاسماً ومقاسماً هذا عندهما؛ لأنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عندهما، وعن أبي يوسف أن القاضي ينتصب عن الغائب خصماً، ويسمع البينة عليه، ويقسم الدار. (ك)

(٩) آنفًا.

(١٠) هذا ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "نصب القاضي إلخ" وإنما ينصب القاضي عن الصغير وصيًا إذاكان حاضرًا، أما إذا كان غائبًا فلا ينصب عنه وصيًا؛ لأن القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب إلا لضرورة، ومتى كان المدعى عليه صبيًا، لو وقع العجز عن جوابه لم يكن عجزًا عن إحضاره، فلا ينصب القاضي خصمًا عنه في حق الحضرة، فلم يصح الدعوى؛ لأنها لا تصح من غير مدعى عليه حاضر.

ولا كذلك إذا حضر؛ لأن الدعوى يصح عليه لكونه حاضرًا، إلا أنه عجز عن الجواب، فينصب خصمًا يجيب عنه، بخلاف الدعوى على الميت؛ لأن إحضاره وجوابه لا يتصور، فينصب واحدًا في الأمرين جميعًا. (ك)

(١٢) ولو حضر الموصى له وحده لا يسمع بينته، ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت. (زيلعي)

(١٣) أي في الدار.

فصل فيما يقسم وما لا يقسم[١]

قال[٢]: وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع[٣] بنصيبه قسم بطلب أحدهم[٤]؛ لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها[٥] عند طلب أحدهم، على ما بيناه من قبل[٦]. وإن كان ينتفع أحدهم، ويستضر به الآخر لقلة نصيبه، فإن طلب صاحب الكثير قسم، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم؛ لأن الأول منتفع به[٧]، فاعتبر طلبه[٨]، والثاني متعنت في طلبه[٩] فلم يعتبر، وذكر الجصاص على قلب هذا[١٠]؛ لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره، والآخر يرضى بضرر نفسه.

وذكر الحاكم الشهيد في "مختصره": أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي، والوجه اندرج[١١] فيما ذكرناه[١٢]. والأصح المذكور في الكتاب[١٣] وهو الأول، وإن كان[١٤] كل واحد منهما[١٥] يستضر لصغره[١٦] لم يقسمها إلا بتراضيهما؛ لأن الجبر

---

(١) قوله: "فيما يقسم" لماتنوعت مسائل القسمة على هذين النوعين: أي ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما. (ن)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) بعد القسمة.

(٤) جبراً على من أبى. (ع)

(٥) قسمة.

(٦) قوله: "على ما بيناه من قبل" إشارة إلى قوله: إذاكانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد، و المبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلخ". (نهاية)

(٧) أي صاحب الكثير.

(٨) قوله: "فاعتبر طلبه إلخ "لأنه طالب لأن يخصه بالانتفاع بملكه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، وهذا منه طلب الحق والإنصاف، وإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه، والقاضي نصب ناظراً لإيصال الحقوق إلى أهلها ودفع المظالم، ولا يعتبر تضرر الآخر؛ لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره، فلا يمكن من ذلك، وإن لحقه بالمنع ضرر. (زيلعي)

(٩) قوله: "والثاني [أي صاحب القليل] متعنت [أي عادم النفعة، وفي "منتهي الأرب": متعنت طلبگار خواری كسي، يقال: جاءه متعنتا أي طالبًا ذلته] في طلبه" أي متعنت في طلب القسمة، والقاضي يجيب المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلة نصيبه، لا لمعنى من جهة صاحب الكثير. (ك)

(١٠) قوله: "على قلب هذا" أي لو طلب صاحب القليل قسم، ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم، وذكر في بعض نسخ الخصاف مكان الجصاص، والأصح هو الجصاص؛ لأن الأول قول الخصاف. (عناية)

(١١) قوله: "والوجه اندرج إلخ" لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين، ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر. (عناية)

(١٢) قوله: "فيما ذكرناه" وهو ما ذكر لأن الأول منتفع به، فاعتبر طلبه، وقوله: والآخر يرضى بضرر نفسه. (ك)

(١٣) قوله: "والأصح المذكور في الكتاب [أي القدوري. ع] لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه، وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم، وفي صاحب القليل ذلك. (زيلعي)

(١٤) هذا لفظ القدوري. (عيني)

على القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها[١] ويجوز بتراضيهما؛ لأن الحق لهما، وهما أعرف بشأنهما[٢]، أما القاضي فيعتمد الظاهر.

قال[٣]: ويقسم[٤] العروض إذا كانت[٥] من صنف واحد؛ لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود، فيحصل التعديل في القسمة، والتكميل في المنفعة.

ولا يقسم[٦] الجنسين بعضها في بعض[٧]؛ لأنه لا اختلاط بين الجنسين، فلا تقع القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضة، وسبيلها التراضي دون جبر القاضي.

ويقسم[٨] كل موزون ومكيل، كثير أو قليل، والمعدود المتقارب، وتبر الذهب والفضة[٩]، وتبر الحديد والنحاس[١٠]، والإبل بانفرادها، والبقر والغنم.

ولا يقسم شاة وبعيراً[١١] وبرذوناً[١٢] وحماراً، ولا يقسم[١٣] الأواني؛ لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة[١٤]

---

(١٥) منهما.

(١٦) أي لصغر نصيبه.

(١) قوله: "وفي هذا تفويتها" فيعود على موضوعه بالنقض؛ وهذا لأن الطالب للقسمة متعنت وهو يريد إدخال الضرر على غيره مع ذلك، فلا يجيبه الحاكم إليه؛ لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضره. (زيلعي)

(٢) قوله: "وهما أعرف بشأنهما" ولكن القاضي لا يباشر ذلك، وإن طلبوا منه؛ لأن القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه، لا سيما إذا كان فيه إضرار وإضاعة للمال؛ لأن ذلك حرام، ولا يمنعهم من ذلك؛ لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله في الحكم، وهذا من جملته. (زيلعي)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) القاضي أي جبراً. (ك)

(٥) كالثياب مثلا. (ع)

(٦) القاضي، هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "بعضها في بعض" بأن جمع نصيب أحدهما في الإبل، ونصيب الآخر في البقر. (عيني)

(٨) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري. (عيني)

(٩) تبر -بالكسر- طلاء نقره پيش ازانكه بگدازند وچون گداختند ذهب وفضه گويند، وبعضي گفته اند تبر زر خالص. (م)

(١٠) مثلثة عن أبي العباس الكواشي مس. (من)

(١١) قوله: "ولا يقسم شاة إلخ" أي لا يقسم جبراً في هذه الأشياء قسمة جمع، بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة، ونصيب الآخر في البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهم جميعاً على ما يستحقون، وكذلك في البعير وغيره؛ لأن الأجناس إذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة لا تكميلا. (ك)

(١٢) اسپى كه مادر وپدرش عربى نباشد يا يكى ازان عربى نباشد.

(١٣) أي جبراً.

(١٤) قوله: "التحقت بالأجناس" وإن كان أصلها واحداً كالإجانة والقمقمة، والطست المتخذة من الصفر مثلا،

ويقسم الثياب الهروية؛ لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبًا واحدًا[١]؛ لاشتمال القسمة على الضرر؛ إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع[٢]. ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما؛ لما بينا[٣]، بخلاف ثلاثة أثواب[٤] إذا جعل ثوب بثوبين[٥]، أو ثوب وربع ثوب بثوب، وثلاثة أرباع ثوب[٦]؛ لأنه قسمة البعض[٧] دون البعض وذلك جائز[٨].

وقال أبو حنيفة: لا يقسم[٩] الرقيق[١٠] والجواهر؛ لتفاوتهما، وقالا[١١]: يقسم الرقيق[١٢]؛ لاتحاد الجنس، كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم. وله أن التفاوت في الآدمي فاحش؛ لتفاوت المعاني الباطنة[١٣]، فصار كالجنس المختلف بخلاف

وكذلك الأثواب المتخذة من القطن إذا اختلفت بالصنعة، كالقباء والجبة والقميص، لا يقسم القاضي جبراً بعضها في بعض. (ك)

(١) أي عند طلب أحد الشركاء دون الآخر. (ك)

(٢) وفي قطعه إتلاف جزء منه، فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء. (ك)

(٣) قوله: "لما بينا" أي لأنه لاتتحقق إلا بالقطع؛ لأنه لا يمكن التعديل إلا بالقطع أو بزيادة دراهم مع الأوكس، ولا يجوز إدخال الدراهم في القسمة جبراً؛ لأن القسمة حق في الملك المشترك، والشركة بينهما في الثياب، فلو أدخل في القسمة الدراهم، يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح. (ك)

(٤) اختلفت قيمتها.

(٥) قوله: "ثوب بثوبين" يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين، وأراد أحدهما القسمة، وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما، ويعطي أحدهما ثوبًا، والآخر ثوبين. (عناية)

(٦) إذا كانت بين اثنين.

(٧) قوله: "لأنه قسمة البعض إلخ" أي لأنه يصير قسمة بعض المشترك دون البعض؛ لأن كل واحد منهما يتفرد بثوب، ويبقى الشركة في ثوب، وذلك جائز إذا لم يكن ضده، مثل أن يقسم الضيعة ويترك النهر على الشركة، وهو قسمة بعض الملك دون البعض. (كافي)

(٨) قوله: وذلك جائز" لأنه تيسر عليهما التمييز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل، قسم الكل عند طلب بعض الشركاء، فكذلك في البعض. (م)

(٩) أي جبراً إلا بالتراضي. (كافي)

(١٠) إذا كان بين اثنين.

(١١) قوله: "قالا: ويقسم [أي يجبرهما على القسمة. م] إلخ" هذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم، وليس معهم شيء آخر من العروض، وهم ذكور فقط، أو إناث فقط. وأما إذا كانوا مختلطين من الذكور والإناث لا يقسم بالإجماع؛ لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان على ما عرف. وإن كان مع الرقيق شيء آخر جازت القسمة في الرقيق؛ تبعًا لغيرهم بالإجماع، ويجبرهم القاضي لطلب البعض، وكم من شيء يدخل تبعا، وإن لم يجز دخوله قصداً كبيع الشرب، والطريق يدخل في بيع الأرض تبعا، ولا يجوز بيعه وحده. (زيلعي)

(١٢) أي يجبرهما على القسمة. (م)

(١٣) قوله: "لتفاوت المعاني الباطنة [كالذهن والكياسة. ك]" لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغير ذلك من الصنائع كالكتابة، ومنهم من لا يصلح لشيء منها، فلا يمكن جمع نصيب كل واحد في واحد؛ لتعذر الإفراز والتمييز، فلا يكون قسمة، وإنما هي مبادلة ولا جبر عليها. (زيلعي)

الحيوانات؛ لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان[١]، ومن الحيوانات جنس واحد[٢] بخلاف المغانم[٣]؛ لأن حق الغانمين في المالية، حتى كان للإمام بيعها[٤] وقسمة ثمنها[٥]، وههنا يتعلق بالعين والمالية[٦] جميعًا فافترقا. فأما الجواهر فقد قيل: إذا اختلف الجنس لا يقسم[٧] كاللآلي[٨] واليواقيت، وقيل: لا يقسم[٩] الكبار منها[١٠]؛ لكثرة التفاوت، ويقسم[١١] الصغار لقلة التفاوت، وقيل: يجري الجواب على إطلاقه[١٢]؛ لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق. ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة، أو ياقوتة، أو خالع عليها[١٣] لا تصح التسمية، ويصح ذلك[١٤] على عبد، فأولى أن لا يجبر على القسمة.

قال[١٥]: ولا يقسم حمام، ولا بئر، ولا رحى[١٦]، إلا أن يتراضى الشركاء، وكذا الحائط بين الدارين؛ لأنها[١٧] تشتمل على الضرر في الطرفين، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعًا به انتفاعًا مقصودًا، فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي؛ لما بينا[١٨].

---

(١) حتى إذا اشترى شخصًا على أنه عبد فإذا هي أمة لم يجز الشراء، بخلاف سائر الحيوانات. (كافي)

(٢) فلا يجوز القياس عليه. (زيلعي)

(٣) جواب عن قولهما: ورقيق المغنم. (ع)

(٤) غنائم.

(٥) غنائم.

(٦) وليس للإمام أن يبيع ملك غيره إلا بإذن صاحبه. (زيلعي)

(٧) جبرًا.

(٨) جمع لؤلؤ -بالضم- مرواريد. (من)

(٩) جبرًا.

(١٠) جواهر.

(١١) جبرًا.

(١٢) أي لا يقسم جبرًا.

(١٣) أي على لؤلؤة أو ياقوتة.

(١٤) أو التزوج أو الخلع.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) قوله: "ولا يقسم إلخ" الأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما، بأن يبقى نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعًا به انتفاع ذلك الجنس، وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما، أو لأحدهما، فلا يقسم إلا بالتراضي. (ع)

(١٧) أي لأن هذه القسمة.

(١٨) قوله: "لما بينا" إشارة إلى ما ذكر في أوائل هذا الفصل، فإن كان كل واحد يستضر به لصغره لم يقسمها، إلا بتراضيهما. (ك)

قال(١) : وإذا كانت دور مشتركة(٢) في مصر واحد قسم(٣) كل دار على حدتها(٤) في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وقالا : إن كان الأصلح لهم(٥) قسمة بعضها في بعض قسمها(٦)، وعلى هذا الخلاف(٧) الأقرحة(٨) المتفرقة المشتركة. لهما أنها جنس واحد اسماً وصورةً نظراً إلى أصل السكنى، وأجناس معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى، فيفوض الترجيح إلى القاضي(٩)، وله أن الاعتبار للمعنى، وهو المقصود. ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً، فلا يمكن التعديل في القسمة، ولهذا(١٠) لا يجوز(١١) التوكيل بشراء دار، وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية، كما هو الحكم فيهما(١٢) في الثوب، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت(١٣) بيوتها؛ لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً، فقسمت الدار قسمة واحدة. قال(١٤) : تقييد(١٥) الوضع(١٦) في الكتاب(١٧) إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) متلازمة كانت أو متفرقة. (ف)

(٣) بينهم.

(٤) ولم يجمع نصيب أحدهم في دار إلا أن يتراضوا على ذلك. (كافي)

(٥) قوله: "إن كان الأصلح لهم إلخ" أي جمع كرده شود خانها بمنزله" يكخانه وجمع كرده شود حصهاى يكى را در يك خانه ازان خانها حتى كه خواهد شد آن خانه مرآن يكى را. (ترجمة)

(٦) في رأي القاضي. (زيلعي)

(٧) قوله: "وعلى هذا الخلاف إلخ" أي عندهما للقاضي أن يقسم بعضها في بعض، كما في الدور، وعند أبي حنيفة يقسم كل قراح على حدة؛ لأنها تتفاوت فيما هو المقصد منها من الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك، بمنزلة تفاوت الدور والأجناس المختلفة. (ك)

(٨) القراح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شيء. (عن)

(٩) قوله: "فيفوض إلخ" فإن كان الأول قسم كما في الغنم والثياب الهروية، وإن مال إلى الثاني لا يقسم. (كافي)

(١٠) أي للاختلاف الفاحش.

(١١) للجهالة.

(١٢) قوله: "كما هو الحكم فيهما" أي في الوكالة والتسمية في المهر في الثوب، أي لو وكل رجلا بشراء دار لا يصح التوكيل، كما لو وكله بشراء ثوب، وكذا لو تزوج امرأة على دار لا يصح التسمية، كما لو تزوج على ثوب. (ك)

(١٣) وفي نسخة: أخلفت.

(١٤) أي المصنف. (عيني)

(١٥) أي بكون الدار في مصر واحد.

(١٦) أي وضع المسألة. (ك)

(١٧) أي القدوري. (عيني)

مصرين لا تجمعان في القسمة عندهما، وهو رواية هلال عنهما.

وعن محمد: أنه يقسم[١] إحداهما في الأخرى، والبيوت[٢] في محلة، أو محال تقسم قسمة واحدة؛ لأن التفاوت[٣] فيما بينها يسير[٤]، والمنازل المتلازقة[٥] كالبيوت والمتباينة[٦] كالدور؛ لأنه[٧] بين الدار والبيت على ما مر[٨] من قبل، فأخذ شبها من كل واحد.

قال[٩]: وإن كانت داراً وضيعة[١٠]، أو داراً وحانوتاً[١١] قسم كل واحد منهما على حدة؛ لاختلاف الجنس، قال رضي الله تعالى عنه[١٢]: جعل[١٣] الدار والحانوت جنسين، وكذا ذكر الخصاف[١٤]، وقال[١٥]: في إجارات "الأصل"[١٦] أن إجارة منافع الدار بالحانوت[١٧] لا تجوز[١٨]، وهذا يدل على أنهما جنس واحد[١٩]، فيجعل في

(١) أي تجمعان في القسمة.

(٢) سواء كانت متباينة أو متلازقة. (ك)

(٣) في القسمة على حدة ضرر. (زيلعي)

(٤) ولهذا تواجر بأجرة واحدة في كل محلة. (ك)

(٥) قوله: " والمنازل المتلازقة [وفي نسخة: المتلاصقة] إلخ" أي المنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة، متلازقاً بعضها في بعض تقسم قسمة واحدة، وإن كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة، كان في محال أو في محلة؛ لأن المنزل فوق البيت ودون الدار، فإنها تتفاوت في معنى السكنى، ولكن دون التفاوت في الدور، فالتحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازقة، وبالدور إذا كانت متباينة، وقالا: في الفصول كلها ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه، فمضى القسمة على ذلك. مل)

(٦) ولو كان بعضها في أدنى الدار وبعضها في أقصاها. (ع)

(٧) أي لأن المنزل.

(٨) في باب الحقوق من كتاب البيوع. (ع)

(٩) القدوري. (عيني)

(١٠) زمين.

(١١) دكان.

(١٢) أي المصنف. (عيني)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "وكذا ذكر الخصاف" وإنما خص الخصاف بالذكر؛ لأن هذه المسألة لم تذكر في كتاب محمد، ولا ذكرها الطحاوي، ولا الكرخي. (ع)

(١٥) محمد.

(١٦) مبسوط.

(١٧) قوله: " أن إجارة المنافع إلخ" أي إجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز، أما لو جعل عين الحانوت أجرة لمنافع الدار فتجوز، وإنما لا يجوز جعل منافع الحانوت أجرة لمنافع الدار. (ن)

المسألة[١] روايتان، أو تبنى حرمة الربا هنالك[٢] على شبهة المجانسة[٣].

فصل في كيفية القسمة[٤]

قال[٥]: وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه[٦]؛ ليمكنه حفظه ويعدله[٧] يعني يسويه على سهام القسمة[٨]، ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره، ويذرعه[٩] ليعرف قدره، ويقوم البناء لحاجته إليه[١٠] في الآخرة، ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه، حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق فتنقطع المنازعة[١١]، ويتحقق معني القسمة على التمام، ثم يلقب نصيبًا[١٢] بالأول، والذي يليه بالثاني والثالث على هذا[١٣]، ثم يخرج القرعة[١٤]، فمن خرج اسمه أولا، فله

---

(١٨) لشبهة الربا.

(١٩) قوله: "وهذا يدل على أنهما [الدار والحانوت] جنس واحد" بما عرف أن إجارة السكنى بالسكنى لا تجوز، فكذا إجارة أرض للزراعة بزراعة أرض أخرى لا تجوز. (كفاية)

(١) في مسألة الأصل.

(٢) أي في إجارات الأصل. (ك)

(٣) قوله: "على شبهة المجانسة" توضيحه أنه لو كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفتين رواية واحدة، فتحمل حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة بين منافع الدار ومنافع الحانوت، باعتبار اتحاد منفعتهما، وهو أصل السكنى. وذكر في "الكافي"؛ أن هذا مشكل، فإنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة، فإن الجنس إذا اتحد كان النساء حراما عندنا، وفي ذلك شبهة الربا، فلما اعتبرت شبهة الجنسية، كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة، والمعتبر في باب الربا هي الشبهة دون النازل عنها، ويمكن أن يقال: لا إشكال فيه؛ لأن المراد من شبهة المجانسة الشبهة الثابتة بالمجانسة، كذا قيل، تدبر. (مل)

(٤) قوله: "فصل في كيفية القسمة" لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم، احتاج إلى بيان كيفية المقسم فيما يقسم؛ لأن الكيفية صفة، فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف. (ن)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "وينبغي للقاسم إلخ" أي إذا شرع القاسم في القسمة، ينبغي أن يصور ما يقسمه، بأن يكتب على كاغذه أن فلانًا نصيبه كذا، وفلانًا كذا؛ ليمكنه حفظه إذا أراد رفع ذلك الكاغذ إلى القاضي؛ ليتولى الأقراع بينهم بنفسه. (م)

(٧) ويقدر البيوت والصفة وغيرهما بالذرعان.

(٨) أي يقسمه على سهام القسمة، وتفصيله ما يجيء في قول الشارح: والأصل إلخ.

(٩) ويصور الذرعان على الكاغذ بقلم الجدول، فيكون كل ذراع بشكل لبنة.

(١٠) قوله: "لحاجته إليه [تقويم] إلخ" إذ البناء يقسم على حدة، فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منه، فيكون عالما بقيمتها. (م)

(١١) بالإفراز.

(١٢) من أي جانب شاء. (زيلعي)

(١٣) إلى أن يفرغ السهام ويكتب أساميهم. (م)

(١٤) قوله: "ثم يخرج القرعة [إذا أمر القاضي القاسم بالإقراع، وإلا يقرع القاضي] إلخ" بأن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات، ثم يطوي كل بطاقة بعينها، ويجعلها في قطعة من طين، ثم يدلكها بين كفيه، حتى تصير

السهم الأول[١]، ومن خرج ثانيًا، فله السهم الثاني.

والأصل: أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء، حتى إذا كان الأقل ثلثًا جعلها أثلاثًا، وإن كان سدسًا جعلها أسداسًا؛ ليمكن القسمة، وقد شرحناه مشبعًا[٢] في "كفاية المنتهى" بتوفيق الله تعالى.

وقوله في الكتاب[٣]: "ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه" بيان الأفضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره[٤] بتفصيله إن شاء الله تعالى، والقرعة[٥] لتطييب القلوب[٦] وإزاحة تهمة الميل[٧]، حتى لو عيّن[٨] لكل منهم نصيبًا من غير اقتراح جاز[٩]؛ لأنه[١٠] في معنى القضاء، فيملك الإلزام.

قال[١١]: ولا يدخل في القسمة[١٢] الدراهم والدنانير[١٣] إلا بتراضيهم؛ لأنه لا

مستديرة فيكون شبه البندقة. (ك)

(١) قوله: "فمن خرج إلخ" قال الإمام مولانا حميد الدين: صورته أرض بين جماعة، لأحدهم سدسها، ولآخر نصفها، ولآخر ثلثها، يجعلها ستة أسهم، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول، والذي يليه بالثاني، والثالث على هذا، ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة. فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول، فإن كان ذلك يفي بسهمه، بأن كان صاحب السدس فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول واللذان يليانه. (ن)

(٢) إشباع: بسيار وافر نمودن. (من)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) عن قريب في هذا الفصل.

(٥) قوله: "والقرعة إلخ" جواب الاستحسان والقياس يأباها؛ لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة، وذلك قمار. (ع)

(٦) قوله: "لتطييب القلوب" يعني أنه لا يحصل الاستحقاق بالقرعة؛ لأن الاستحقاق كان ثابتًا قبله، وكان للقاضي ولاية إلزام كل واحد النصيب، وإنما يصار إليه لتطييب قلوب الشركاء، وهذا ليس بقمار. (زيلعي)

(٧) إلى أحد الشركاء.

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "جاز" فإن القاسم لو قال: إنما عدلت في القسمة، فخذ أنت هذا الجانب، وأنت هذا الجانب، كان مستقيما، إلا أنه ربما يتهم في ذلك. (ع)

(١٠) قسمة.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "ولا يدخل [أي لا يدخل الدراهم التي ليست في الشركة؛ ليجبر بها نقصان الأنصباء. ك] في القسمة إلخ" يعني إذا كان القسمة بين الأشخاص في عقار، فأصاب أحدهما أكثر، فيعطي بإزاء الزيادة دراهم لصاحبه لا يجوز إلا بالتراضي. (عيني)

(١٣) قوله: "الدراهم والدنانير" صورته: دار بين جماعة، فأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوض البناء من الأرض، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء من الدراهم، إلا إذا تعذر إلخ، فحينئذ للقاضي ذلك. (كافي)

شركة في الدراهم، والقسمة من حقوق[١] الاشتراك؛ ولأنه يفوت به التعديل[٢] في القسمة؛ لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم[٣] الآخر في ذمته[٤]، ولعلها لا تسلم له[٥]، وإذا كان أرض وبناء، فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة؛ لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم[٦]، وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة؛ لأنه هو الأصل في الممسوحات.

ثم يرد من وقع البناء في نصيبه[٧]، أو من كان نصيبه أجود دراهم[٨] على الآخر حتى يساويه، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال[٩]، ثم يملك[١٠] تسمية[١١] الصداق[١٢] ضرورة التزويج[١٣]، وعن محمد أنه[١٤] يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه[١٥] من[١٦] العرصة[١٧]، وإذا بقي فضل. ولايمكن تحقيق التسوية بأن كان لا تفي العرصة بقيمة البناء، فحينئذ يرد للفضل دراهم؛ لأن الضرورة في هذا القدر، فلا يترك الأصل[١٨] إلا بها[١٩]، وهذا يوافق

---

(١) توابع.

(٢) المراد في القسمة. (ع)

(٣) الواو حالية.

(٤) أي وقت القسمة. (ك)

(٥) قوله: "ولعلها لا تسلم له" أي لا يصل إليها، وليس بين ما يصل الرجل إليه في الحال، وما لا يصل معادلة، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة. (عناية)

(٦) لأن تعديل البناء لا يمكن بالمساحة. (زيلعي)

(٧) من الأرض.

(٨) بمقابلة البناء.

(٩) في مال أخته الصغيرة.

(١٠) أخ.

(١١) أي للأخ ولاية تسمية الصداق.

(١٢) مهر.

(١٣) قوله: "ضرورة التزويج" أي لأجل ضرورة صحة النكاح؛ لأن النكاح ليس بمشروع بلا مهر. (عيني)

(١٤) أي أن من وقع البناء في نصيبه.

(١٥) قيمة.

(١٦) بيان ما.

(١٧) قوله: "العرصة [صحن]" عرصة -بالفتح- كشادگی میان خانه. (م)

(١٨) وهو القسمة بالمساحة. (زيلعي).

(١٩) ضرورة.

رواية "الأصل"[١].

قال: فإن قسم بينهم، ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر، أو طريق لم يشترط في القسمة، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه[٢]، ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر؛ لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة[٣] من غير ضرر، وإن لم يمكن فسخت القسمة[٤]؛ لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف[٥]، بخلاف البيع[٦] حيث لا يفسد في هذه الصورة[٧]؛ لأن المقصود منه[٨] تملك العين وإنه يجامع تعذراً لانتفاع في الحال[٩]، أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول[١٠] كذلك الجواب[١١]؛ لأن معنى القسمة الإفراز والتميز، وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر، وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره[١٢] من غير ضرر، فيصار إليه[١٣]. بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل؛ لأنه أمكن تحقيق معنى البيع، وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره. وفي الوجه الثاني[١٤] يدخل[١٥] فيها[١٦]،

---

(١) قوله: "وهذا يوافق رواية الأصل [مبسوط]" فإنه قال فيه يقسم الدارمزارعة، ولا يجعل لأحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيرها، كذا في بعض الشروح. (عناية)

(٢) أي عن نصيب الآخر.

(٣) وهو الإفراز والتمييز.

(٤) بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر. (ف)

(٥) لنفي ضرر الاختلاط. (زيلعي)

(٦) قوله: "بخلاف البيع" فإنه إذا باع داراً أو أرضاً، ولا يتمكن المشترى من الاستطراق، ولا من تسييل الماء، ولم يذكر الحقوق، فإنه لا يفسد. (ف)

(٧) أي فيما إذا لم يتمكن المشترى من الاستطراق، أو من تسييل الماء. (زيلعي)

(٨) بيع.

(٩) قوله: " وأنه يجامع" أي البيع يجامع تعذر الانتفاع في الحال، كمن اشترى جحشا صغيرا، أو أرضاً سبخة، فإنه يجوز وإن كان لا ينتفع به المشترى، فأما القسمة فالمقصود منها إيصال كل واحد منها إلى الانتفاع بنصيبه، وإذا لم يكن له مفتح إلى الطريق ولا مسيل ماء، فهذه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز. (ك)

(١٠) أي فيما إذا أمكن صرف الطريق والمسيل عنه. (ك)

(١١) قوله: "كذلك الجواب" أي ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مع ذكر الحقوق، ثم المراد من ذكر الحقوق أن يقول: هذا لك بحقوقه، وأما إذا قال: هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه، فإنه يثبت هذه الحقوق. (ك)

(١٢) آخر.

(١٣) قوله: "فيصار إليه" إلا إذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله، فحينئذ لا يصرف عنه، لأنه أثبت له بأبلغ وجوه الإثبات. (زيلعي)

(١٤) أي فيما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه. (ك)

لأن القسمة لتكميل المنفعة[١]، وذلك بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيص باعتباره[٢]، وفيها[٣] معنى الإفراز، وذلك[٤] بانقطاع التعلق على ما ذكرنا، فباعتباره[٥] لا يدخل[٦] من غير تنصيص. بخلاف الإجارة حيث يدخل[٧] فيها[٨] بدون التنصيص[٩]؛ لأن كل المقصود الانتفاع، وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق، فيدخل من غير ذكر.

ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة[١٠]، إن كان يستقيم لكل واحد طريق[١١] يفتحه[١٢] في نصيبه، قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم[١٣]؛ لتحقق الإفراز بالكلية دونه[١٤]، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم؛ ليتحقق[١٥] تكميل المنفعة فيما وراء الطريق.

ولو اختلفوا في مقداره[١٦] جعل[١٧] على عرض باب الدار وطوله[١٨]؛ لأن

---

(١٥) المسيل والطريق.

(١٦) قسمة.

(١) قوله: "لأن القسمة إلخ" يعني أن معنى الإفراز لما كان مراعى في القسمة، كان ينبغي أن لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه، وإن ذكر الحقوق في القسمة؛ لأنه حينئذٍ لا يحصل الانقطاع والإفراز من كل وجه، لكن في القسمة وإن كان معنى الإفراز، ففيها معنى تكميل المنفعة، فاعتبر كلاهما بهذا الطريق. (ك)

(٢) قوله: فيدخل [الطريق والمسيل] عند التنصيص [أي ذكر الحقوق] إلخ" تقريره أن في القسمة تكميلا وإفرازاً، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن تذكر، وبالنظر إلى الإفراز لا تدخل وإن ذكرت؛ لأن دخولها ينافي الإفراز، فقلنا: يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه إعمالا للوجهين بقدر الإمكان. (ع)

(٣) قسمة.

(٤) إفراز.

(٥) إفراز.

(٦) أي الطريق والمسيل الذي في نصيب الآخر. (ك)

(٧) الطريق أو الشرب.

(٨) في الإجارة. (ك)

(٩) أي ذكر الحقوق.

(١٠) قوله: "ولواختلفوا [أي الشركاء] إلخ" فقال بعضهم: لا ندع طريقًا مشتركًا بيننا، بل نقسم الكل، وقال بعضهم: بل ندع ينظر القاضي فيه إن كان يستقيم إلخ. (عناية)

(١١) موصوف.

(١٢) صفة.

(١٣) أي يترك للجماعة. (ع)

(١٤) أي من غير رفع الطريق. (ع)

(١٥) المجهول.

(١٦) قوله: ولو اختلفوا [أي في مقدار الطريق، أي في سعته وضيقه. كافي] في مقداره إلخ" فقال بعضهم: يجعل

الحاجة تندفع به[1]. والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة ؛ لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه، ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثًا جاز، وإن[2] كان أصل الدار نصفين ؛ لأن القسمة على التفاضل جائزة[3] بالتراضي.

قال[4] : وإذا كان[5] سفل[6] لا علو عليه، وعلو لا سفل له، وسفل له علو، قوم كل واحد على حدته[7]، وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك.

قال رضي الله تعالى عنه[8] : هذا عند محمد، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إنه يقسم بالذرع، لمحمد أن السفل يصلح[9] لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء، أو سردابًا[10]، أو إصطبلا أو غير ذلك، فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة.

سعة الطريق أكثر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء، وقال بعضهم غير ذلك، ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الأعلى لا طوله من حيث المشي

هكذا ذكره شيخ الاسلام في "مبسوطه"، وقال: ولم يرد محمد بذكر الطول الذى هو ضد العرض، لأن ذلك الطول أى الذى هو ضد العرض، إنما يكون إلى حيث ينتهون بها إلى الطريق الأعظم. (مل)

(١٧) طريق.

(١٨) لأن باب الدارطريق متفق عليه، والمختلف يرد إلى المتفق عليه. (كافى)

(١) قوله: "لأن الحاجة تندفع به" فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى، هي أن أحد الشركاء إذا أراد أن يشرع جناحًا في نصيبه، إن كان فوق طول الباب كان له ذلك؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم، فكان بانيًا على خالص حقه، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك؛ لأن قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيًا على الهواء المشتركة، وهو لا يجوز من غير رضاء الشركاء.

وإن كان المقسوم أرضًا يرفع من الطريق مقدار مايمر به ثور واحد؛ لأنه لا بد للزراعة من ذلك، ولا يجعل مقدار ما يمر به ثوران معًا، وإن كان يحتاج إلى ذلك؛ لأنه كما يحتاج إليه يحتاج إلى العجلة، فيؤدى إلى ما لا يتناهى، كذا في "النهاية". (ع)

(٢) الواو وصلية.

(٣) في غير أموال الربوية. (زيلعى)

(٤) أى القدورى في "مختصره". (عينى)

(٥) قوله: "وإذا كان إلخ" صورة المسألة أن يكون العلو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر، وسفل مشتركًا بينهما وعلوه لآخر، وبيت كامل مشتركًا بينهما، والكل في دار واحدة أو في دارين وتراضيا على القسمة، وطلبا من القاضى القسمة، وانما قيدنا بذلك لئلا يقال: تقسيم العلو من السفل قسمة واحدة، إن كانت البيوت متفرقة لا يصح. (ع)

(٦) قوله: "سفل" أى سفل مشترك بين رجلين لا علو عليه، أو عليه علو لآخر. (كفاية)

(٧) قوله: "قوم كل واحد إلخ" فإن كان قيمتها سواء كان ذراع بذراع، وإن كان قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر يجب ذراع بذراعين، وعلى هذا الحساب. (ع)

(٨) أى المصنف.

(٩) فصارا كالجنين. (زيلعى)

(١٠) بالكسر: خانه زير زمين، معرب سردابه: ته خانه. (م)

وهما يقولان: إن القسمة بالذرع هي الأصل؛ لأن الشركة في المذروع، لا في القيمة، فيصار إليه[1] ما أمكن، والمراعى التسوية[2] في السكنى، لا في المرافق[3]، ثم اختلفا[4] فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع، فقال أبو حنيفة: ذراع من سفل بذراعين من علو. وقال أبو يوسف: ذراع بذراع، قيل: أجاب كل منهم[5] على عادة أهل عصره، أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو، واستواءهما وتفضيل السفل[6] مرة، والعلو أخرى، وقيل: هو اختلاف معنى[7].

ووجه قول أبي حنيفة: إن منفعة السفل تربو[8] على منفعة العلو بضعفه؛ لأنها تبقى بعد فوات العلو، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل.

وكذا السفل فيه منفعة البناء[9] والسكنى، وفي العلو السكنى لا غير؛ إذ لا يمكنه[10] البناء على علوه إلا برضاء صاحب السفل، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل. ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى، وهما[11] يستويان فيه، والمنفعتان[12] متماثلتان؛ لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر[13] على أصله[14].

ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما[15]، فلا يمكن

---

(١) أي إلى الأصل.

(٢) وهي حاصلة في العلو والسفل.

(٣) توابع ومنافع.

(٤) أبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى.

(٥) قوله: " قيل: أجاب كل منهم إلخ " أي أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو، وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى، ومحمد على ماشاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى. (ع)

(٦) ولذا يقسم بالقيمة.

(٧) أي بحسب معنى الفقهي لا بحسب العادة.

(٨) أي تزيد.

(٩) بغير رضاء صاحب العلو.

(١٠) أي صاحب العلو.

(١١) علو وسفل.

(١٢) أي منفعة العلو والسفل.

(١٣) قوله: "لأن لكل واحد منهما أن يفعل إلخ" حتى كان لصاحب العلو أن يبني إذا لم يضر لصاحب السفل، ولصاحب السفل أن يحضر إذا لم يضر لصاحب العلو. (زيلعي)

(١٤) أي على أصل أبي يوسف.

التعديل إلا بالقيمة، والفتوى اليوم على قول محمد، وقوله: لا يفتقر إلى التفسير.
وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة[1] الكتاب[2]: أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون[3] وثلث ذراع من البيت الكامل[4]؛ لأن العلو مثل نصف السفل[5]، فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد[6]، ومعه ثلاثة وثلاثون[7] وثلث ذراع من العلو[8]، فبلغت[9] مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع؛ لأن علوه مثل نصف سفله[10]، فبلغت مائة ذراع، كما ذكرنا[11]، والسفل المجرد ستة وستون وثلثان؛ لأنه ضعف العلو، فيجعل بمقابلة مثله.

---

(١٠٥) علو وسفل.
(١) المذكورة.
(٢) القدوري.
(٣) قوله: "ثلاثة وثلاثون إلخ" لأن الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أزرع من العلو المجرد، فإذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع، يكون مائة، فيستوي ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل، مع مائة ذراع من العلو المجرد. (غن)
(٤) أي المشتمل على العلو والسفل. (كافي)
(٥) قوله: "لأن العلو مثل نصف السفل [فإن ذراعا من سفل بذراعين من علو عند أبي حنيفة] إلخ" فثلاثة وثلاثون وثلث من علو البيت الكامل يكون بمقابلة مثله من العلو المجرد، وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد. (كافي)
(٦) المجرد.
(٧) قوله: "ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع إلخ" لأن الذراع الواحد من البيت الكامل إنما كان في تقدير ذراعين، أحدهما من السفل والآخر من العلو. (نهاية)
(٨) الذي في البيت الكامل.
(٩) أي تقديراً، أذرع البيت الكامل.
(١٠) قوله: "لأن علوه مثل نصف سفله [فإن ذراعا من سفل بذراعين من علو عند أبي حنيفة] إلخ" لأن كل ذراع من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفل، وهذا معنى قوله: لأن علوه مثل نصف سفله، فإذا ضربت الواحد والنصف في ستة وستين وثلثي ذراع، يكون مائة لا محالة، فيستوي الستة والستون والثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفل المجرد. (عن)
قوله: "لأن علوه إلخ" فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل. (ك)
(١١) قوله: "فبلغت" أي الأذرع التي تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد، فبلغ المائة؛ لأنه أخذ من البيت الكامل ستة وستون ذراعا، وثلثا ذراع بمقابلة مثلها من السفل المجرد، ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلثون وثلث ذراع؛ لأن لهذا العدد من البيت الكامل أعني ستة وستين وثلثي ذراع علوا، وهو يقدر بنصف هذا، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث، فكان المجموع مائة، وكانت هذه المائة من البيت الكامل بمقابلة مائة من السفل المجرد. (ن)

وتفسير قول أبي يوسف: أن يجعل بإزاء خمسين ذراعًا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد، أو مائة ذراع من العلو المجرد؛ لأن السفل والعلو عنده سواء، فخمسون ذراعًا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل، وخمسون منها علو.

قال[١]: وإذا اختلف المتقاسمون[٢]، وشهد القاسمان قبلت شهادتهما[٣]، قال رضي الله تعالى عنه[٤]: هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد: لا تقبل، وهو قول أبي يوسف أولا، وبه قال الشافعي، وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما، وقاسما القاضي وغيرهما سواء.

لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما، فلا تقبل، كمن علق عتق عبده بفعل غيره، فشهد ذلك الغير على فعله[٥]، ولهما أنهما[٦] شهدا على فعل غيرهما[٧]، وهو الاستيفاء والقبض، لا على فعل أنفسهما؛ لأن فعلهما التمييز، ولا حاجة إلى الشهادة عليه، أو لأنه لا يصلح مشهودًا به[٨]؛ لما أنه غير لازم[٩]، وإنما يلزمه[١٠] بالقبض والاستيفاء، وهو[١١] فعل الغير، فتقبل الشهادة عليه.

وقال الطحاوي: إذا قسما[١٢] بالأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ؛ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه، فكانت شهادة صورة،

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: وإذا اختلف المتقاسمون [بأن قال أحدهم: بعض نصيبي في يد صاحبي، وأنكر الآخرون ذلك. نهاية] إلخ" ذكره القدوري ولم يذكر خلافًا، فكأنه مال إلى قول الخصاف، فإنه ذكر قول محمد كقولهما. (ع)

(٣) قوله: "وشهد القاسمان إلخ" أي إذا كان قسمت الدار أو الأرض بين الورثة أو المشترين، فأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه، فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة أنه يستوفي نصيبه قبلت شهادتهما. (ك)

(٤) أ المصنف. (عيني)

(٥) لايقبل قوله.

(٦) شاهدان.

(٧) أي المتقاسمين.

(٨) قوله: "أو لأنه لا يصلح مشهودًا به" أي فعلهما الذي هو التمييز لا يصلح مشهودًا به؛ لكونه غير لازم؛ لصحة الرجوع قبل القبض. (غن)

(٩) قوله: "لما أنه غير لازم" قيل: لأن الرجوع صحيح قبل القبض، وهو صحيح إن كانت القسمة بتراضيهما، أما إذا كان القاضي، أو نائبه يقسم، فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك، بعد خروج بعض السهام. (ع)

(١٠) أي إنما يلزم فعل القاسم لكل واحد.

(١١) أي القبض والاستيفاء.

(١٢) القاسمان.

ودعوى معنى فلا تقبل، إلا أنا نقول: هما[١] لا يجرّان بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنمًا[٢] لاتفاق الخصوم على إيفاءهما العمل المستأجر عليه، وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة.

ولو شهد قاسم واحد لا تقبل؛ لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير، ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين فى دفع الضمان عن نفسه، ولا يقبل[٣] فى إلزام الآخر إذا كان[٤] منكرًا، والله أعلم.

باب[٥] دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها[٦]

قال[٧]: وإذا ادّعى أحدهم الغلط[٨] وزعم[٩] أن مما أصابه شيئًا فى يد صاحبه، وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء[١٠]، لم يصدق على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها[١١]، فلا يصدق إلا بحجة.

فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء[١٢]، فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى، فيقسم بينهما على قدر أنصباءهما؛ لأن النكول حجة فى حقه خاصة، فيعاملان[١٣] على زعمهما، قال رضى الله تعالى عنه[١٤]: ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا[١٥] لتناقضه، وإليه أشار من بعد[١٦].

---

(١) أى القاسمان.

(٢) نفعا ومالا.

(٣) قول الأمين.

(٤) الآخر.

(٥) قوله: "باب" لما كان الغلط والاستحقاق من العوارض التى عسى أن تكون، وعسى أن لا تكون، أخر ذكره. (ن)

(٦) قسمة.

(٧) أى القدورى (عينى)

(٨) فى القسمة.

(٩) قال.

(١٠) أى والحال أنه أقر أنه استوفى نصيبه.

(١١) كالمدعى إذا ادعى لنفسه خيار الشرط. (ع)

(١٢) قوله: " استحلف الشركاء" لأنهم لو أقروا لزمهم، فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول، فمن حلف لا سبيل عليه، ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى، ولا تحالف لوجود التناقض فى دعواه. (ع)

(١٣) الناكل والمدعى.

(١٤) أى المصنف.

(١٥) قوله: "ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا " يعنى وإن أقام البينة لتناقضه؛ لأنه أشهد على نفسه أى أقر بالاستيفاء، وهو عبارة عن قبض الحق بكمال، فكان الدعوى بعد ذلك تناقضًا. (ع)

وإن قال قد استوفيت حقى وأخذت بعضه، فالقول قول خصمه مع يمينه(١)؛ لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر، وإن قال: أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إليّ، ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء، وكذبه شريكه(٢) تحالفا وفسخت القسمة؛ لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار نظير الاختلاف(٣) في مقدار المبيع، على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم(٤).

ولو اختلفا في التقويم(٥) لم يلتفت إليه(٦)؛ لأنه دعوى الغبن، ولا معتبر به(٧) في البيع، فكذا في القسمة؛ لوجود التراضي، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، والغبن فاحش؛ لأن تصرفه(٨) مقيد بالعدل.

ولو اقتسما داراً(٩)، وأصاب كل واحد طائفة، فادعى أحدهما بيتًا في يد

---

(١٦) قوله: "وإليه أشار من بعد" وهو قوله: وإن قال أصابني إلى موضع كذا، فلم يسلم إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفا، ففي هذا إشارة إلى أنه لا تقبل دعواه فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء؛ لأن عدم التحالف عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى، إلا أن التناقض مانع لصحة الدعوى، ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى.

ألا ترى أنه يجرى التحالف عند صحة الدعوى؛ لوجود موجب التحالف، وهو الاختلا ف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع. (ك)

(١) إذاكا ن العجز عن إقامة البينة.

(٢) أي قال لم يصبك إلى موضع كذا.

(٣) بين المتعاقدين.

(٤) في كتاب الدعوى في باب التحالف.

(٥) قوله: "ولو اختلفا في التقويم إلخ" صورته: اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة، والآخر خمس وأربعون شاة ، ثم ادعى صاحب الأوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته في ذلك. (عيني)

(٦) قوله: لم يلتفت إليه إلخ" لواختلفا في التقويم، فلا يخلو إما أن يكون يسيراً أو فاحشًا لا يدخل تحت تقويم المتقومين، فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه، سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الاحتراز عن مثله عسير جدا، وإن كان الثاني فإن كانت القسمة بقضاء القاضي تفسخ عند الكل؛ لأن التراضي منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، وإن كانت بالتراضي لم يذكره محمد هذا الفصل في الكتاب.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن في البيع لا تصح؛ لأنه لا فائدة فيه، فإن البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش، ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة، وإذا ظهر في القسمة غبن فاحش، كان شرط جواز القسمة فائتا، فيجب نقضها.

والصدر الشهيد حسام الدين كان يأخذ بالقول الأول، وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني، كذا في "الذخيرة،" وفي "فتاوى قاضي خان": جعل القول الأخير أولى.

(٧) فإنه إذا اشترى شيئًا بثمن معلوم ثم ادعى الغبن لا تسمع.

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "ولو اقتسما داراً إلخ "هذه المسألة عين مسألة أول الباب، إلا أنها أعيدت لبناء مسائل أخرى عليها. (ك)

الآخر أنه مما أصابه بالقسمة، وأنكر الآخر، فعليه إقامة البينة؛ لما قلنا(١).

وإن أقاما البينة يوخذ ببينة المدعي؛ لأنه(٢) خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد، وإن كان قبل الإشهاد(٣) على القبض تحالفا وترادا(٤)، وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة(٥)، يقضي لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه؛ لما بينا(٦).

وإن قامت لأحدهما بينة قضى له(٧)، وإن لم تقم(٨) لواحد منهما تحالفا(٩)، كما في البيع(١٠).

فصل(١١)

قال(١٢): وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة، ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة.

قال رضي الله تعالى عنه(١٣): ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه(١٤)، وهكذا ذكر في "الإسرار"(١٥).

---

(١) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لم يصدق على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها. (ع)

(٢) المدعي.

(٣) أي الإقرار بالقبض.

(٤) أي القسمة.

(٥) قوله: "وكذا إذا اختلفا في الحدود [بأن قال أحدهما: هذا الحد لي قد دخل في نصيبه، وقال الآخر: هذا الحد لي قد دخل في نصيبه كافي] إلخ" قيل: صورته دار اقتسمها رجلان، فأصاب أحدهما جانب منه، وفي طرف حده بيت في يد صاحبه، وأصاب الآخر جانب، وفي طرف حده بيت في يد صاحبه، فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه، داخل في حده، وأقاما البينة، يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه. (ع)

(٦) قوله: "لما بينا" وهو قوله: لأنه خارج، وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد. (ع)

(٧) أي لمن قام له البينة.

(٨) البينة.

(٩) وبعد التحالف يرد القسمة.

(١٠) وقد مر قبل.

(١١) لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق. (ع)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) أي المصنف.

(١٤) قوله: "وذكر [القدوري] الاختلاف في استحقاق إلخ" فيه نظر، فإن قول القدوري "وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه" ليس بنص في ذلك؛ لجواز أن يكون قوله: بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض. (ع)

(١٥) قوله: "وهكذا ذكر في الإسرار" أي ذكر الاختلاف في الإسرار في استحقاق بعض بعينه، كذا ههنا، وهذا وقع سهوا؛ لأن وضع المسألة في الإسرار في استحقاق بعض شائع، والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين، ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعا، لم يبطل القسمة عند أبي حنيفة، ولكن يخير المستحق عليه، إن شاء رد الباقي

والصحيح أن الاختلاف(١) فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما فى استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه(٢)، ولم يذكر قول محمد.

وذكره(٣) أبو سليمان مع أبى يوسف، وأبو حفص مع أبى حنيفة، وهو الأصح(٤). لأبى يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه(٥) باطلة، كما إذا استحق بعض شائع(٦) فى النصيبين، وهذا(٧) لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة(٨)، وهو الإفراز؛ لأنه(٩) يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعًا.

بخلاف المعين(١٠)، ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم(١١) باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحدهما، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء، بأن كان النصف المقدم مشتركًا بينهما وبين ثالث(١٢)، والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه(١٣)،

واقتسم ثانيًا، وإن شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق، ولم ينقض. (كفاية)

(١) بين الشيخين.

(٢) قوله: "فهذه ثلاثة أوجه" والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه، ففى استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعًا لا ينقض القسمة بالاتفاق، وفى استحقاق بعض شائع فى النصيبين ينقض القسمة بالاتفاق، وفى استحقاق بعض شائع فى أحد الطرفين لا ينقض القسمة عند أبى حنيفة، خلافا لأبى يوسف، وهى مسألة الكتاب. (عن)

(٣) يعنى محمد مع أبى يوسف على رواية أبى سليمان، ومع أبى حنيفة على رواية أبى حفص. (عناية)

(٤) أى كون محمد مع أبى حنيفة.

(٥) شريك ثالث.

(٦) فتنقض القسمة.

(٧) أى كون استحقاق بعض شائع فى نصيب أحدهما بمنزلة استحقاق بعض شائع فى النصيبين.

(٨) قوله: "ينعدم معنى القسمة" وهو الإفراز، أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فظاهر، وكذا فى نصيب الآخر؛ لأنه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا، بخلاف المعين؛ لأن باستحقاق بعض معين، يبقى الإفراز فيما وراء ذلك البعض. (كفاية)

(٩) أى لأن استحقاق جزء شائع.

(١٠) لأن وراء المستحق يبقى مفرزا بينهما، ليس لثالث فيه حق نصيب شائع. (كافى)

(١١) لأنه لا يوجب الشيوع فى نصيب الآخر. (عناية)

(١٢) قوله: "بأن كان النصف إلخ" أى لواحد منهم نصف، والنصف الآخر بين اثنين على السوية، والمؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضًا، فاقتسم الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر، ويأخذ الآخر ما بقى من ذلك، وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر، فيكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان جميع الدار؛ لأن حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أرباع جميع الدار. (ك)

(١٣) أى فى النصف المؤخر.

فاقتسما على أن لأحدهما مالهما من[١] المقدم، وربع المؤخر[٢] يجوز، فكذا[٣] فى الانتهاء[٤]، وصار كاستحقاق شيء معين[٥].

بخلاف الشائع فى النصيبين[٦]؛ لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه فى النصيبين، أما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا، وصورة المسألة[٧]: إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار، والآخر الثلثين من المؤخر، وقيمتهما سواء[٨] ثم استحق النصف المقدم[٩]، فعندهما إن شاء نقض القسمة[١٠] دفعًا لعيب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده من[١١] المؤخر؛ لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف[١٢] ما فى يده[١٣]، فإذا استحق النصف[١٤] يرجع بنصف النصف[١٥]، وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل[١٦] أيضًا. ولو باع صاحب المقدم نصفه[١٧]، ثم استحق النصف الباقى شائعًا رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما، لما ذكرنا[١٨]، وسقط[١٩]

---

(١) بيان ما.

(٢) مفرزًا. (زيلعى)

(٣) أى بالطريق الأولى(ع)، أى ما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى. (ك)

(٤) بعد ظهور المستحق.

(٥) فى عدم انتفاء معنى الإفراز. (ع)

(٦) قوله: " بخلاف الشائع فى النصيبين" لأن معنى الإفراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض فى الكل، ولهذا لا يجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه، فكذا بقاء؛ لأنه إلخ. (زيلعى)

(٧) أى مسألة الكتاب لا المستشهد بها. (عناية)

(٨) قوله: "وقيمتهما سواء" بأن يكون قيمة الدار ألفا ومأتى درهم مثلا، وقيمة الثلث المقدم ست مائة درهم، وقيمة ما بقى مثله. (عناية)

(٩) أى نصف الثلث المقدم. (عناية)

(١٠) قوله: فعندهما إن شاء إلخ" يعنى أن القسمة لم تنفسخ، وإذا لم تنفسخ القسمة فهو بالخيار إن شاء إلخ. (مل)

(١١) بيان ما.

(١٢) أى ثلث مائة. (عناية)

(١٣) آخر.

(١٤) أى نصف المقدم.

(١٥) قوله: "رجع بنصف النصف إلخ" فيصير فى يد كل من الشريكين أربع مائة وخمسون درهمًا، والمجموع تسعمائة، وهو ثلاثة أرباع ألف ومأتين. (ع)

(١٦) وقيمته مائة وخمسون. (ع)

(١٧) أى النصف من الثلث المقدم الذى وقع فى نصيب أحدهما. (ع)

(١٨) قوله: "لما ذكرنا [آنفًا]" يعنى من قوله: "لأنه لو استحق كل المقدم، رجع بنصف ما فى يده" إلى قوله: اعتبارًا للجزء بالكل. (عناية)

خياره[1] ببيع البعض، وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه؛ لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده[2]، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه[3]، وهو[4] مضمون بالقيمة، فيضمن النصف نصيب صاحبه. قال[5]: ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة[6]؛ لأنه يمنع وقوع الملك للوارث[7]، وكذا[8] إذا كان[9] غير محيط؛ لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا يفي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم؛ لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم.

ولو أبرأه[10] الغرماء بعد القسمة، أو أداه[11] الورثة من مالهم، والدين محيط، أو غير محيط جازت القسمة[12]؛ لأن المانع قد زال[13].

ولو ادعى[14] أحد المتقاسمين دينًا[15] في التركة صح دعواه[16]؛ لأنه لا

---

(١٩) فلا يقدر على نقض القسمة.

(١) في فسخ القسمة. (م)

(٢) فيقسمان الباقي بعد الاستحقاق. (م)

(٣) قوله: "والمقبوض إلخ" جواب عما يقال: ينبغي أن ينقض البيع؛ لأنه بناء على القسمة الفاسدة، والبناء على الفاسد فاسد، ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة، وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك، فنفذ البيع فيه، وهو مضمون بالقيمة، لتعذر الوصول إلى عين حقه، لمكان البيع، فيضمن نصف صاحبه. (م)

(٤) أي في النصف المقدم.

(٥)قوله: "قال المصنف" ذكر هذه المسألة تفريعًا على مسألة القدوري، وهي من مسائل الأصل، ولكن ينبغي أن لا يذكر في أول المسألة، قال: لأنها غير مذكورة في البداية. (عناية)

(٦) إذا لم يؤد الورثة الدين، ولم يبرئه الغرماء. (ك)

(٧) قوله: " لأنه يمنع وقوع الملك للوارث [لأن الدين مقدم على الميراث والقسمة. ك] إلخ" حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد، وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق عليه. (عناية)

(٨) أي يرد القسمة.

(٩) الدين.

(١٠) ميت.

(١١) دين.

(١٢) أي تبين جوازها. (م)

(١٣) قوله: "لأن المانع قد زال" بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة، وقالت الورثة: نحن نقضي حقهما، فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث والموصى له؛ لأن حقهما في عين التركة، فلا ينتقل إلى المالية إلا برضاهما. (م)

(١٤) بعد القسمة. (م)

تناقض[1]؛ إذ الدين يتعلق بالمعنى[2]، والقسمة تصادف الصورة، ولو ادعى عينًا بأي سبب كان[3] لم يسمع؛ للتناقض، إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركًا.

فصل في المهايأة[4]

المهايأة جائزة استحسانًا[5] للحاجة إليه، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع[6]، فأشبه القسمة، ولهذا يجري فيه جبر القاضي[7]، كما يجري في القسمة، إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة؛ لأنه[8] جمع المنافع في زمان واحد، والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا[9] لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي؛ لأنه[10] أبلغ في التكميل[11]، ولو وقعت فيما يحتمل

---

(١٥) على الميت. (ع)

(١٦) قوله: "صح دعواه" ولقائل أن يقول: إن لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض، فتكون باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة، ذلك سعي في نقض ما تم من جهته، والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة، فلا يلزم ذلك. (ع)

(١) في الدعوى بالأقدام على القسمة.

(٢) أي بمالية التركة. (ع)

(٣) أي الوديعة أو الغصب أو الإجارة.

(٤) قوله: "فصل في المهايأة" لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض، لكونها فرعًا عليها وكان التوجه إلى الباب أولى؛ لأن الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منها، ويجوز أن يقال: إنها فصل من كتاب القسمة.

والمهايأة مفاعلة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء، والتهايؤ تفاعل فيها، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة ويختارها، وأما المهايأة بإبدال الهمزة ألفًا فغلة وهي في عرف الفقهاء عبارة عن قسمة المنافع. (مل)

(٥) قوله: " جائزة استحسانًا" وأما القياس فيأبى جواز المهايأة؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، إذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضًا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته، ولكنا تركنا القياس، وجوزناها بقوله تعالى: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾. (ن)

(٦) قوله: "إذ يتعذر الاجتماع إلخ" أي يتعذر الاجتماع على عين واحد في الانتفاع بها، فكانت المهايأة جمعًا للمنافع في زمان واحد، كالقسمة جمع النصيب الشائع في مكان معين، فجرت المهايأة مجرى القسمة. (زيلعي)

(٧) قوله: "ولهذا يجري إلخ" أي إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره، ولم يطلب القسمة يجبره القاضي، كما يجبر إن أبى في القسمة عند اتحاد الجنس. (عيني)

(٨) قسمة.

(٩) أي لكون القسمة أقوى. (ع)

(١٠) قسمة.

(١١) أي تكميل المنفعة.

القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة، يقسم وتبطل المهايأة؛ لأنه[١] أبلغ، ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما؛ لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم[٢]، فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف.

ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة[٣] وهذا طائفة[٤]، أو هذا علوها وهذا سفلها جاز؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة[٥]، فكذا المهايأة، والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء[٦] لا مبادلة[٧]، ولهذا لا يشترط فيه[٨] التأقيت[٩]، ولكل واحد[١٠] أن يستغل[١١] ما أصابه بالمهايأة، شرط ذلك في العقد أو لم يشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه.

ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا جاز، وكذا هذا في البيت الصغير؛ لأن المهايأة قد تكون في الزمان، وقد تكون من حيث المكان، والأول متعين ههنا، ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما[١٢]، يأمرهما القاضي[١٣] بأن يتفقا[١٤]؛ لأن التهايؤ في المكان أعدل[١٥] وفي الزمان

---

(١) قسمة.

(٢) لجواز أن يطلب الورثة المهايأة. (ع)

(٣) أي ناحية من الدار. (ك)

(٤) أي ناحية أخرى من الدار. (ك)

(٥) أي تقسيم النواحي.

(٦) قوله: " والتهايؤ في هذا الوجه" إنما قيد بقوله: في هذا الوجه، وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار، ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان وحد؛ لأنه إذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل إفرازاً لا مبادلة، وأما إذا كان التهايؤ في زمانين في مكان واحد، لايمكن جعله إفرازاً، بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته، فكان مبادلة لا إفرازاً. (ك)

(٧) قوله: "لا مبادلة" لأنه لو كان مبادلة لما صح؛ لأنها لا تجوز في الجنس الواحد لشبهة الربا. (زيلعي)

(٨) قوله: " ولهذا لا يشترط إلخ" إيضاح أنه إفراز؛ لأنه لو كان مبادلة يشترط التأقيت، كما في الإجارة؛ لأنه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض، فيلتحق بالإجارة حينئذ، فيشترط التأقيت. (ك)

(٩) وفي نسخة أخرى: التوقيت.

(١٠) قوله: "ولكل واحد إلخ" ابتداء كلام لنفي قول من قال أنهما إذا تهايئا، ولم يشترطا الإجارة في أول العقد لم يملك أحدهما، أن يستغل ما أصابه. (ع)

(١١) قوله: " أن يستغل [أي يعطي بالأجرة]" استغلال: غله آوردن خواستن ومزدوري گرفتن، يقال: استغل المستغلات أي أخذ غلتها. (من)

(١٢) قوله: "في محل يحتملهما" كالدار مثلا، بأن يطلب أحدهما أنه يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها، والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهراً، وصاحبه شهراً آخر. (عناية)

(١٣) لأن لكل منهما مزية، ولا ترجيح لأحدهما. (ع)

أكمل[١]، فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق.

فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية[٢] نفيًا[٣] للتهمة، ولو تهايئا في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد، والآخر الآخر جاز عندهما؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما[٤] جبرًا من القاضي وبالتراضي، فكذا المهايأة، وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي[٥]، وهكذا روى عنه[٦]؛ لأنه لا يجرى[٧] فيه الجبر عنده، والأصح أنه يقسم[٨] القاضي عنده أيضًا، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت[٩]، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتًا فاحشًا على ما تقدم[١٠].

ولو تهايئا فيهما[١١] على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانًا للمسامحة في إطعام المماليك[١٢]، بخلاف شرط الكسوة[١٣]؛ لأنه لا يسامح فيها، ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارًا جاز، ويجبر القاضي عليه[١٤]، أما عندهما فظاهر[١٥]؛ لأن الدارين عندها كدار واحدة، وقد قيل[١٦]: لا

---

(١٤) على شيء. (كافي)

(١٥) قوله: "أعدل" لأن كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد. (كافي)

(١) لأنه ينتفع بجميع الدار. (كافي)

(٢) قوله: "فإن اختاراه من حيث الزمان إلخ" إنما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق؛ لأن التسوية في المكان تمكن في الحال، بأن يسكن هذا بعضها والآخر بعضها، أما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن إلا أن يمضى مدة أحدهما، ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة، فيقرع نفيًا للتهمة وتطيبًا للقلوب. (ك)

(٣) وتطيبًا لقلوبهما.

(٤) بأن يكون هذا العبد لهذا، والآخر للآخر.

(٥) قوله: "وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم [بالمهايأة على هذا الوجه] القاضي" أي قيل نظرًا إلى أصل الإمام من غير رواية عنه. (مل)

(٦) روى الخصاف عن أبي حنيفة.

(٧) لاختلاف الجنس.

(٨) جبرًا بطلب أحدهما، بالمهايأة على هذا الوجه.

(٩) فكان الجنس متحدًا.

(١٠) في فصل ما يقسم وما لا يقسم.

(١١) عبدين.

(١٢) قوله: "للمسامحة إلخ" لأن العادة جرت بالمسامحة في إطعام المماليك، فلا يفضى الجهالة إلى المنازعة، ونظيره استجار الظئر بطعامها وكسوتها؛ لأن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة؛ لجريان العادة بالمسامحة لأجل الولد، بخلاف كسوة المملوك؛ لأنه لا يسامح فيها عادة. (زيلعي)

(١٣) على من يأخذه.

(١٤) إن طلب أحدهما وأبى الآخر.

يجبر عنده اعتباراً بالقسمة[١].

وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا[٢] بالجبر؛ لما قلنا، وبالتراضي؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف قسمة رقبتهما؛ لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز. وجه الظاهر[٣] أن التفاوت يقل في المنافع[٤]، فيجوز[٥] بالتراضي، ويجري فيه جبر القاضي، ويعتبر إفرازاً، أما يكثر التفاوت في أعيانهما فاعتبر مبادلة[٦]، وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب[٧] عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز اعتباراً بقسمة الأعيان[٨].

وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين، فإنهم بين حاذق[٩] وأخرق[١٠]، والتهايؤ[١١] في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف[١٢]؛ لما قلنا[١٣]، بخلاف العبد[١٤]؛ لأنه يخدم باختياره، فلا يتحمل زيادة على طاقته، والدابة تحملها[١٥]،

---

(١٥) قوله: "أما عندهما فظاهر" وكذا عنده؛ لأن التفاوت يقل في المنافع، فيجوز بالتراضي، ويجري فيه جبر القاضي، ويعتبر إفرازاً كالأعيان المتقاربة، بخلاف القسمة؛ لأنه يكثر التفاوت في أعيانهما، فالتحقت بالأجناس المختلفة، فصارت مبادلة. (كافي)

(١٦) وهو قول الكرخي. ك

(١) فإن في القسمة ههنا ليس جبر لاختلاف الأجناس.

(٢) قوله: أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا" أي لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضي، أما بالجبر فلما قلنا: وهو قوله: اعتباراً بالقسمة وبالتراضي؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، وهو غير جائز على ما مر في الإجارات، وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكر أن الحرمة عند وجود أحد وصفي علة الربا ثابتة بالنص بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه، وهو البيع، والمهايأة إفراز من وجه ومبادلة من وجه، فيعمل فيها بقضية القياس. (ك)

(٣) أي وجه ظاهر الرواية لأبي حنيفة.

(٤) فكأنها جنس واحد.

(٥) المهايأة المذكورة.

(٦) ولا جبر في المبادلة.

(٧) أي يركب هذا هذه الدابة، وهذا هذه الأخرى.

(٨) فالقسمة على هذه الوجه جائزة.

(٩) زيرك واستاد دركاري.

(١٠) بالفتح: نادان.

(١١) بحسب الزمان.

(١٢) بين الإمام وصاحبيه.

(١٣) آنفًا من قولهما: اعتباراً إلخ، وقوله: إن الاستعمال إلخ.

(١٤) فإن التهايؤ فيه زمانًا من حيث الخدمة جاز.

(١٥) أي الزيادة على الطاقة.

وأما التهايؤ فى الاستغلال[١] يجوز فى الدار الواحدة فى ظاهر الرواية، وفى العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز[٢].

ووجه الفرق[٣]: هو أن النصيبين[٤] يتعاقبان فى الاستيفاء، والاعتدال ثابت فى الحال[٥]، والظاهر بقاءه[٦] فى العقار، وتغيره[٧] فى الحيوانات؛ لتوالى أسباب التغير عليها، فتفوت المعادلة[٨]، ولو زادت الغلة[٩] فى نوبة أحدهما عليها فى نوبة الآخر، فيشتركان فى الزيادة؛ ليتحقق التعديل، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع، فاستغل[١٠] أحدهما فى نوبته زيادة؛ لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل، وهو المنافع، فلا تضره زيادة الاستغلال[١١] من بعد، والتهايؤ على الاستغلال[١٢] فى الدارين جائز أيضًا فى ظاهر الرواية[١٣]؛ لما بينا[١٤]. ولو فضل غلة[١٥] أحدهما لا يشتركان فيه، بخلاف الدار الواحدة[١٦]، والفرق أن فى الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء[١٧]، وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول، فاعتبر قرضًا[١٨]، وجُعِل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه، فلهذا

---

(١) أى يستغل هذا شهراً وهذا شهراً.

(٢) بالاتفاق.

(٣) قوله: " وجه الفرق" أى بين جواز التهايؤ فى الاستغلال، فى دار واحدة وعدمه فى العبد الواحد والدابة الواحدة.

(٤) حال الاستغلال.

(٥) بين الشريكين.

(٦) اعتدال.

(٧) اعتدال.

(٨) قوله: "فتفوت المعادلة" لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال، والظاهر أن عمله فى الزمان الثانى لا يكون كما كان فى الأول؛لأن القوى الجسمانية تتكاسل.

(٩) أى فى الدار الواحدة.

(١٠) فلا شركة.

(١١) قوله: " فلا تضره إلخ" لأن بالتفاوت فى الغلة لا يتبين فوات المعادلة فى المنافع، فإن الشيئين قد يستويان ثم يختلفان فى البدل عند العقد. (زيلعى)

(١٢) بأن يستغل هذا داراً وهذا داراً أخرى.

(١٣) قوله: " فى ظاهر الرواية" احتراز عما روى عن أبى حنيفة فى "الكيسانيات": أنه لا يجوز؛ لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين، وهى عنده فى الدارين لا يجوز للتفاوت.

(١٤) إشارة إلى قوله: والاعتدال ثابت فى الحال. (ك)

(١٥) فى نوبة أحدهما.

(١٦) فإن فيه الشركة حين الفضل كما مر آنفًا.

(١٧) قوله: " لاتحاد زمان إلخ" فإن كل واحد منهما يصل إلى الغلة فى الوقت الذى يصل إليه صاحبه. (كافى)

يرد عليه حصته من الفضل، وكذا يجوز[١] في العبدين عندهما اعتباراً بالتهايؤ[٢] في المنافع[٣]، ولا يجوز[٤] عنده؛ لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه[٥]، من حيث الزمان في العبد الواحد، فأولى أن يمتنع الجواز[٦]، والتهايؤ في الخدمة[٧] جوز ضرورة،[٨] ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها[٩]؛ لكونها عيناً؛ ولأن الظاهر[١٠] هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان[١١].

ولا يجوز[١٢] في الدابتين عنده خلافاً لهما، والوجه ما بيناه في الركوب[١٣]. ولو كان نخل، أو شجر، أو غنم بين اثنين[١٤]، فتهايئا على أن يأخذ كل

---

(١٨) قوله: " فاعتبر قرضاً إلخ" لأنه أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني، ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في إجارة نصيب صاحبه، فإذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا. (كافي)

(١) التهايؤ على الاستغلال.

(٢) فإنه يجوز على ما مر.

(٣) أي في الاستخدام الخالي عن الاستغلال. (ك)

(٤) أي التهايؤ على الاستغلال في العبدين.

(٥) قوله: " أكثر [لأنه قد يكون في أحدهما كياسة وحذاقة. ع] منه [من التفاوت. ك] إلخ" فيحصل العبد في شهر واحد من الغلة ما لايحصل الآخر في سنة، فأولى أن يمتنع، وتقريره: أن التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق، ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز. (ع)

(٦) قوله: "فأولى أن يمتنع الجواز" وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدين؛ لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه، فيجوز كما في الخدمة. وأجيب بأن التفاوت يمنع عن رجحان معنى الإفراز، بخلاف الخدمة؛ لما بينا من وجه الأصح، أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت. (ع)

(٧) قوله: "والتهايؤ في الخدمة [في العبدين. جواب عن قولهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافع] إلخ" هذا جواب إشكال يرد على قوله؛ لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر، وهو أن يقال: لو قال التعليل بالتفاوت في أعيان الرقيق معلولا عليه لما جاز ذلك في الاستخدام.

فأجاب: بأن في الاستخدام ضرورة؛ لأنه لا يمكن قسمتها، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها؛ لكونها عيناً. (ك)

(٨) أي ضرورة أن المنافع لا تبقى، فتعذر قسمتها. (ع)

(٩) قوله: "لإمكان قسمتها إلخ" فيستغلانه على طريق الشركة، ثم يقسمان ما حصل من الغلة، ولقائل أن يقول: استدل على جواز التهايؤ في المنافع بقوله من قبل؛ لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة، وفي ذلك توارد علتين مستقلين على حكم واحد بالشخص، وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تتمة هذا التعليل؛ لأن علة الجواز تعذرالقسمة، وقلة التفاوت جميعاً، إلا أن كل واحد منهما علة مستقلة.

(١٠) وجه آخر لإبطال القياس. (عناية)

(١١) قوله: "فلا يتقاسان "أي فلا يعادلان؛ لأنه يتغير بالاستقلال كما ذكرنا في العبد، فيحصل التفاوت بخلاف الدارين؛ لأن الظاهر عدم التغيير في العقار. (زيلعي)

(١٢) التهايؤ على الاستغلال.

(١٣) وهو قوله اعتباراً بقسمة الأعيان، وله أن الاستعمال إلخ. (ع)

(١٤) قوله: "ولو كان نخل الخ" أي لو كان نخل أو شجر بين شريكين، فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لم يجز، وكذا لو كان غنم بين اثنين، فاتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يرعاها، وينتفع بألبانها لم يجز. (كافي)

واحد منهما طائفة يستثمرها(١) أو يرعاها، ويشرب ألبانها لا يجوز؛ لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها(٢)، وهذه(٣) أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها. والحيلة(٤) أن يبيع حصته(٥) من الآخر(٦)، ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته(٧)، أو ينتفع باللبن(٨) بمقدار معلوم(٩) استقراضاً لنصيب صاحبه(١٠)، إذ قرض المشاع جائز، والله أعلم بالصواب.

كتاب(١١) المزارعة(١٢)

قال(١٣): أبو حنيفة: المزارعة بالثلث(١٤) والربع باطلة، اعلم أن المزارعة لغةً: مفاعلة من الزرع(١٥)، وفي الشريعة: هي عقد على الزرع ببعض الخارج، وهي فاسدة عند أبي حنيفة(١٦).

---

(١) من الشجر، أو النخل، أو الغنم.

(٢) قوله: "فيتعذر قسمتها إلخ" بخلاف لبن بني آدم، حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين، فتهايئا على أن يرضع إحداها ولد أحدهما، والأخرى ولد الآخر جاز؛ لأن لبن بني آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع. (زيلعي)

(٣) أي الثمر واللبن.

(٤) في الجواز.

(٥) من الشجر، أو االغنم، أو النخل.

(٦) وذلك الآخر ينتفع في نوبته بكل الشجر والغنم والنخل، ثم يشتري.

(٧) قوله: "ثم يشتري كلها" أي كل النخل والشجر والغنم، فيحل لكل واحد منهما ما تناوله؛ لأنه حصل الثمر أو اللبن على ملك المشتري. (عيني)

(٨) قوله: "أو ينتفع باللبن إلخ" فإذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل تلك المدة، بعضه من نصيب صاحبه في هذه المدة، وبعضه مما أقرضه في المدة الماضية، ولكن ينبغي أن يزن اللبن، أو يكيله في المدة حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء، ولا يكون الربا؛ لأن اللبن يزيد وينقص في المدة. (عيني)

(٩) كيلا أو وزنًا.

(١٠) من حليب كل يوم إلى أجل معلومة.

(١١) لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة، ذكر المزارعة بعدها. (ن)

(١٢) سببه سبب المعاملات.

(١٣) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "بالثلث [وكذا بالنصف والخمس والسدس وغير ذلك من المقادير]" إنما قيد بالثلث والربع؛ ليتبين محل النزاع؛ لأنه لو لم يعين أصلا، أو عين دراهم مسماة، كانت فاسدة بالإجماع. (عناية)

(١٥) قوله: "مفاعلة من الزرع" وهي تقتضي فعلا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة، وفعل الزرع يوجد من أحد الجانبين، وإنما سمي بها بطريق التغليب، كالمضاربة مفاعلة من الضرب. (ك)

(١٦) قوله: "وهي فاسدة إلخ" والحيلة للجواز عنده أن يستأجر العامل بأجر معلوم إلى مدة معلومة، فإذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عوضاً عما وجب له من الأجر في ذمة صاحب البذر، فيجوز ذلك بتراضيهما، كما في سائر

وقالا: هي جائزة؛ لما روى[١]: «أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع»*، ولأنه عقد شركة بين المال والعمل، فيجوز اعتباراً بالمضاربة[٢]. والجامع دفع الحاجة، فإن ذا المال قد لا يهتدى إلى العمل[٣]، والقوى عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما، بخلاف دفع الغنم[٤]، والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد[٥]؛ لأنه لا أثر هناك[٦] للعمل في تحصيلها[٧]، فلم يتحقق شركة. وله ما روى[٨] أنه عليه السلام نهى عن المخابرة، وهي المزارعة[٩]**؛ ولأنه استئجار ببعض ما يخرج[١٠] من عمله[١١]، فيكون في معنى قفيز الطحان[١٢]؛ ولأن الأجر مجهول أو معدوم[١٣]، وكل ذلك مفسد[١٤]،

الديون. (زيلعي)

(١) أخرجه الجماعة إلا النسائي. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٩٧ ص٢٠٤. (نعيم)

(٢) فإنه عقد شركة بين الجانبين، بمال من أحدهما وعمل من الآخر.

(٣) قوله: "فإن ذا المال إلخ" أي فإن الإنسان قد يكون له أرض المزارعة، ولا يهتدي إليها، وقد يكون مهتدياً، ولا يكون له أرض، فمست الحاجة إلى انعقاده؛ لينتظم مصلحتهما، ويحصل مقصودهما من الربح، كما في المضاربة، فإن ذا المال لا يهتدي إلى العمل، والقوي عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما. (ك)

(٤) إلى رجل.

(٥) قوله: "بنصف الزوائد" أي بنصف الأولاد والإبريسم، فإن تلك الزوائد تتولد من العين، ولا أثر لعمل الرأي والحافظ فيها، وإنما يحصل الزيادة بالعلف والسقي، والحيوان يباشرهما باختياره، فلم يتحقق الشركة. (كافي)

(٦) قوله: "لأنه لا أثر [وأما ههنا فلعمل المزارع تاثير في تحصيل الخارج.ك] هناك إلخ" لأنه تخلل فعل فاعل مختار، وهو أكل الحيوان فيضاف إليه، وإذا كان مضافاً إليه لايضاف إلى غيره، وهو العامل، فلم يتحقق فيه شركة. (ع)

(٧) زوائد.

(٨) أخرجه مسلم عن جابر. (ت)

(٩) قوله: "وهي المزارعة" من الخبير، وهو الإكار لمعالجته الخبار، وهي الأرض الرخوة، وقيل: من الخبرة، وهي النصيب. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٩٨ ص٢٠٤. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأنه استئجار إلخ" والدليل على أنه استئجار هو أنه لا يصح بدون ذكر المدة، وذلك من خصائص الإجارات، فكان هذا استئجاراً ببعض ما يخرج منه، فيكون في معنى قفيز الطحان، وقد نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان، وهو أن يستأجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة، بقفيز من دقيقها. (ك)

(١١) أجير.

(١٢) كشداد: آسيابان. (من)

(١٣) قوله: "ولأن الأجر مجهول" أي على تقدير وجود الخارج، فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة، أو أقل منه أو أكثر، أو معدوم على تقدير عدم الخارج بالآفة. (ع)

(١٤) أي جهالة الأجرة، أو عدمها.

ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر[١] كان خراج مقاسمة[٢] بطريق المن والصلح[٣]، وهو جائز[٤]. وإذا فسدت[٥] عنده فإن سقى الأرض وكربها[٦] ولم يخرج شيء منه فله[٧] أجر مثله؛ لأنه في معنى إجارة فاسدة، وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله[٨]، فعليه[٩] أجر مثل الأرض، والخارج في الوجهين[١٠] لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه[١١]، وللآخر الأجر كما فصلنا[١٢]، إلا أن الفتوى على قولهما؛ لحاجة الناس إليها[١٣] ولظهور تعامل الأمة بها[١٤]، والقياس يترك بالتعامل، كما في الاستصناع[١٥].

ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط: أحدها: كون الأرض صالحة للزراعة؛ لأن المقصود لا يحصل بدونه[١٦].

---

(١) قوله: ومعاملة النبي إلخ" ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة؛ لظهور فساده، فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع، هو نظير وههنا ليس كذلك؛ لأن معنى الإجارة فيها أغلب، حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة. (ع)

(٢) قوله: "كان خراج مقاسمة" الخراج نوعان: خراج وظيفة، وهو أن يوظف الإمام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما يطيق أراضيهم، والثاني خراج مقاسمة، وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزءً شائعًا، والدليل عى ذلك أنه عليه السلام لم يبين لهم المدة، ولو كانت مزارعة لبينها؛ لأن المزارعة لا تجوز عند من يجيزها إلا ببيان المدة . (زيلعي)

(٣) قوله: "بطريق المن والصلح" لأنه لو أخذ الكل لجاز، فإنه عليه السلام ملكه غنيمة، وكان ما ترك في أيديهم فضلا، ولم يبين مدة معلومة، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان المدة، فلم يكن الحديث حجة لمن جوزها. (ع)

(٤) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح. (ع)

(٥) المزارعة.

(٦) كرب: شوريدن خاک برای کاشتن. (م)

(٧) أي للعامل.

(٨) عامل.

(٩) عامل.

(١٠) أي فيما إذا كان البذر من قبل العامل، أو من قبل صاحب الأرض. (ع)

(١١) قوله: "لأنه نماء ملكه" نوقض بمن غصب بذراً فزرعه؛ فإن الزرع له، وإن كان نماء ملكه لصاحب البذر، وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله، فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره، فيجعل العمل مضافًا إلى الآمر. (ع)

(١٢) قوله: "كما فصلنا" وهو قوله: هذا إذاكان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض. (ك)

(١٣) مزارعة.

(١٤) مزارعة.

(١٥) جوز بالتعامل والقياس يأباه، وقد مر.

والثاني: أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد[١]، وهو[٢] لا يختص به[٣]، لأن عقداً ما لا يصح إلا من الأهل.

والثالث: بيان المدة[٤]؛ لأنه[٥] عقد على منافع الأرض[٦]، أو منافع العامل[٧]، والمدة هي المعيار[٨] لها[٩] لتعلم[١٠] بها[١١].

والرابع: بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة، وإعلاماً للمعقود عليه[١٢]، وهو منافع الأرض أو منافع العامل.

والخامس: بيان نصيب من لا بذر من قبله؛ لأنه يستحقه عوضاً بالشرط، فلا بد أن يكون معلوماً، وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد.

والسادس: أن يخلي رب الأرض بينها[١٣] وبين العامل، حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية.

والسابع: الشركة في الخارج بعد حصوله[١٤]؛ لأنه ينعقد شركة في الانتهاء، فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد[١٥]

---

(١٦) أي دون صلاحية الزراعة.

(١) أي لا يكون مجنوناً، ولا صغيراً لا يعقل.

(٢) أي هذا الشرط الثاني.

(٣) أي بالمزارعة.

(٤) قوله: "بيان المدة إلخ" بأن يقول: إلى سنة، أو سنتين، أو ما أشبه ذلك، وإن بين وقتا لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة، فصار ذكره ولا ذكره سواء، وكذلك إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالباً؛ لأنه يصير في معنى اشتراط العقد إلى ما بعد الموت. (ك)

(٥) مزارعة.

(٦) أي إذا كان البذر من قبل العامل. (ك)

(٧) أي إذا كان البذر من قبل رب الأرض.

(٨) بمنزلة الكيل أو الوزن. (ع)

(٩) أي للمنافع.

(١٠) أي المنافع.

(١١) أي بالمدة.

(١٢) قوله: "وإعلاماً للمعقود إلخ" لأن المعقود عليه يختلف باختلافه، فإن البذر إن كان من قبل العامل، فالمعقود عليه منفعة الأرض، وإن كان من قبل رب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل، ولا بد من بيان المعقود عليه؛ لأن الجهالة تؤدي إلى المنازعة بينهما. (ك)

(١٣) أرض.

(١٤) قوله: "الشركة في الخارج بعد حصوله [خارج] إلخ" يعني ينبغي أن لا يشترط فيه مقدار معين لأحدهما، إذ يجوز أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر، فلم تبق شركة على ذلك التقدير، ومن شرطها بقاء الشركة. (ك)

والثامن: بيان جنس البذر(١)؛ ليصير الأجر معلومًا.

قال(٢): وهي عندهما على أربعة أوجه(٣): إن كانت الأرض والبذر لواحد، والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة، لأن البقر آلة العمل، فصار كما إذا استأجر خياطًا ليخيط بإبرة الخياط(٤).

وإن كانت الأرض لواحد، والعمل والبقر والبذر لواحد جازت؛ لأنه استئجار الأرض(٥) ببعض معلوم(٦) من الخارج، فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة(٧).

وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد، والعمل من الآخر جازت؛ لأنه(٨) استأجره للعمل بآلة المستأجر، فصار كما إذا استأجر خياطًا ليخيط ثوبه بإبرته(٩)، أو طيانًا ليطيّن(١٠) بمره(١١).

وإن كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر، فهي باطلة، وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضًا؛ لأنه لو شرط البقر والبذر عليه(١٢) يجوز، فكذا(١٣) إذا شرط وحده، وصار كجانب العامل(١٤).

---

(١٥) قوله: "كان مفسداً إلخ" لأنه إذا شرط فيها مايقطع الشركة في الخارج، تبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم. (ع)

(١) قوله: "بيان جنس البذر إلخ" لأنه جزء من الخارج، فلا بد من بيانه؛ ليعلم أن الخارج من أي نوع، ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى؛ لأنه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "وهي [المزارعة] عندهما إلخ" المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة؛ لأنها على ثلثة أوجه، ولا الفاسدة؛ لأنها كذلك على ثلاثة أوجه، ولا مطلق المزارعة؛ لأنها على ستة أوجه. (ك)

(٤) قوله: "فصار كما إذا استأجر خياطًا ليخيط بإبرة [إبرة -بالكسر- سوزن] إلخ" فالأجر كله بإزاء الخياطة دون الإبرة، فكذا ههنا يكون الخارج بإزاء العمل دون البقر، فلم يكن مستأجرا لبقر ببعض الخارج فيصح. (ك)

(٥) أي استأجر العامل الأرضَ من رب الأرض.

(٦) كالنصف أو الثلث.

(٧) في الذمة.

(٨) أي رب الأرض.

(٩) أي إبرة صاحب الثوب. (ن)

(١٠) تطين بگل اندودن. (م)

(١١) أي بمر صاحب الطين، مره -بالفتح- كلند وبيل يا دستهٔ آن. (من)

(١٢) أي على رب الأرض.

(١٣) أي إذا شرط البقر وحده. (ك)

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض؛ لأن منفعة الأرض قوة في طبعها[١] يحصل بها النماء، ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل، كل ذلك بخلق الله تعالى، فلم تتجانسا[٢] فتعذر[٣] أن تجعل[٤] تابعة لها[٥].

بخلاف جانب العامل؛ لأنه تجانست المنفعتان[٦] فجعلت[٧] تابعة لمنفعة العامل، وههنا وجهان آخران[٨] لم يذكرهما[٩].

أحدهما: أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر، فإنه لايجوز[١٠]؛ لأنه يتم شركة بين البذر والعمل[١١]، ولم يرد به الشرع[١٢].

والثاني: أن يجمع بين البذر والبقر[١٣]، وإنه لا يجوز أيضاً؛ لأنه لا يجوز عند الانفراد[١٤]، فكذا عند الاجتماع، والخارج في الوجهين[١٥] لصاحب البذر في

---

(١٤) قوله: "وصار كجانب العامل" فإنه لما جاز أن يكون البذر مع البقر مشروطًا على العامل، جاز أن يكون البقر مشروطًا عليه بدون البذر. (كافي)

(١) قوله: "لأن منفعة الأرض إلخ "تقريره: أن منفعة الأرض قوة تؤثر لا بالاختيار، ومنفعة البقر قوة تؤثر بالاختيار، فلم تتجانسا، وهذا القدر لا يمنع جعل أحدهما تابعة للأخرى، فإن الجوهر والعرض جنسان مع أنه يجعل العرض تابعاً للجوهر في البيع، فزاد قوله: كل ذلك بخلق الله تعالى، أي كل منهما مستقل ولا يضاف أحدهما إلى الأخرى. فلا يصلح للتبعية، فلا يجعل تابعاً. بخلاف منفعة البقر والعامل؛ لأنهما جنس واحد عامل بالاختيار مع أن فعل البقر يضاف إلى العامل، فيصلح لـلتبعية فجعل تابعاً لمنفعة العامل، وظهر بما ذكرنا أن معنى قوله: كل ذلك بخلق الله تعالى؛ ليس بيان أن الحوادث بخلق الله تعالى لبيان دفع توهم كون المصنف من المعتزلة، وليس له دخل في الدليل، كما هو في الكفاية والعناية، بل لهذا القول دخل في الدليل. (أعظمي)

(٢) قوله: "تتجانسا [المنفعتان] إلخ" الضابطة في معرفة التجانس ما فهم من كلامه، وهو أن ما صدر فعله من القوة الحيوانية فهو جنس، وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر. (ع)

(٣) قوله: "فتعذر إلخ" فبقي البقر مقصودا بالاستيجار ببعض الخارج، ولم يرد به الشرع. (غن)

(٤) منفعة البقر، فشرط البقر على صاحب الأرض مفسد للإجارة. (زيلعي)

(٥) أي لمنفعة الأرض.

(٦) لأن البقر آلة العمل. (كافي)

(٧) منفعة البقر.

(٨) وهما فاسدان.

(٩) القدوري. (ع)

(١٠) وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل. (كافي)

(١١) قوله: "لأنه يتم شركة إلخ" فإن صاحب البذر مستأجر للأرض، والتخلية بين المستأجر، والمستأجر شرط، فانعدمت التخلية ههنا؛ لأن الأرض تكون في يد العامل. (عيني)

(١٢) قوله: "ولم يرد به الشرع" أي لم يرد بجوازه دليل الشرع من نص، أو إجماع، أو قياس، فيبقى على أصل الحرمة. (أعظمي)

(١٣) بأن يكون البذر والبقر لأحدهما، والباقي للآخر. (ن)

رواية[١]، اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة، وفى رواية لصاحب الأرض، ويصير مستقرضًا للبذر قابضًا له[٢] لاتصاله[٣] بأرضه.

قال[٤]: ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة؛ لما بينا[٥]، وأن يكون الخارج شائعًا بينهما؛ تحقيقًا لمعنى الشركة، فإن شرطا لأحدهما قفزانًا[٦] مسمّاة، فهى باطلة؛ لأن به[٧] تنقطع الشركة؛ لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر، فصار كاشتراط دراهم معدودة[٨] لأحدهما فى الضاربة.

وكذا[٩] إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره[١٠]، ويكون الباقى بينهما نصفين؛ لأنه[١١] يؤدى إلى قطع الشركة فى بعض معين، أو فى جميعه، بأن لم يخرج[١٢] إلا قدر البذر، فصار كما إذا شرطا[١٣] رفع الخراج والأرض[١٤] خراجية، وأن يكون الباقى[١٥] بينهما لأنه معين، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج

---

(١٤) قوله: "عند الانفراد" أى انفراد البذر والبقر، بأن كان من أحدهما البقر لا غير، أو البذر لا غير. (ن)

(١٥) أى هذين الوجهين المذكورين آنفًا.

(١) قوله: "لصاحب البذر" وذكر فى "المبسوط" بعد ما ذكر هذا، فقال: بقى إشكال، وهو أنه أوجب لصاحب الأرض أجر مثل أرضه، ولم يسلم صاحب الأرض ههنا الأرض إلى صاحب البذر، فكيف يستوجب عليه أجر مثله.

ولكنا نقول: صارت منفعته أى منفعة العامل ومنفعة الأرض كلها مسلمة إلى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكمًا، وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئًا؛ لأن عمل العامل بأمره فى إلقاء بذره كعمله بنفسه، فيستوجب أجر المثل عليه فى الوجهين. (ك)

(٢) بذر.

(٣) بذر.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "لما بينا" يعنى قوله: فى بيان شروطها، والثالث بيان المدة؛ لأنه عقد على منافع الأرض إلخ. (ع)

(٦) قفيز كأمير پيمانه است بقدر هشت مكوك، قفزان كعثمان جمع.

(٧) بهذا الشرط.

(٨) فالمضاربة فاسدة.

(٩) أى باطلة.

(١٠) أى لا يدخل فى القسمة.

(١١) لأن هذا الشرط.

(١٢) من الأرض.

(١٣) وصار "كما إذا شرطا [فهو فاسد] رفع الخراج إلخ" أى إذا كان الخراج خراج وظيفة، بأن تكون دراهم مسماة بحسب الخارج، أو قفزانًا معلومةً، وأما إذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعًا، نحو الثلث والربع، فإنه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط. (عناية)

(١٤) الواو حالية.

لنفسه أو للآخر، والباقي بينهما؛ لأنه[١] معين مشاع، فلا يؤدى إلى قطع الشركة[٢]، كما إذا شرطا[٣] رفع العشر وقسمة الباقي بينهما، والأرض[٤] عشرية.

قال[٥]: وكذلك[٦] إن شرطا ما على الماذيانات والسواقى[٧]، معناه لأحدهما؛ لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة؛ لأنه لعله لا يخرج[٨] إلا من ذلك الموضع، وعلى هذا[٩] إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة، ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى.

وكذا[١٠] إذا شرطا لأحدهما التبن، وللآخر الحب؛ لأنه عسي أن يصيبه[١١] آفة، فلا ينعقد الحب، ولا يخرج إلا التبن، وكذا[١٢] إذا شرطا التبن نصفين، والحب لأحدهما بعينه؛ لأنه يؤدى إلى قطع الشركة فيما هو المقصود، وهو الحب، ولوشرطا الحب نصفين، ولم يتعرضا للتبن صحت؛ لاشتراطهما الشركة فيما هو[١٣] المقصود.

ثم التبن يكون لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه، وفى حقه[١٤] لا يحتاج إلى الشرط، والمفسد هو الشرط[١٥]، وهذا سكوت عنه.

---

(١٥) بعد رفع الخراج.

(١) أى العشر.

(٢) قوله: "فلا يؤدى [فإنه دال على بقاء تسعة أعشار] إلخ" وهو يصلح حيلة للوصول إلى رفع البذر. (ت)

(٣) فإنه يجوز.

(٤) الواو حالية.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى لا يجوز.

(٧) قوله: "على الماذيانات إلخ" الماذيانات فارسى معرب، أصغر من النهر، وأعظم من الجدول، والسواقى جمع الساقية: وهى فوق الجدول دون النهر، كذا فى "المغرب"، فعلى هذا يكون الماذيانات والساقية من الألفاظ المترادفة، وقال فى الغريبين، السواقى دون الماذيانات. وقال الخطابى فى "شرح السنن": والماذيانات الأنهار معربة، وقال أحمد بن مظفر الرازى فى فوائده لمختصر القدورى: الماذيانات معربة، وهى الأنهار العظام، سميت بذلك؛ لأنها تتولد منها الأنهار الصغار، والسواقى الأنهار الصغار؛ لأنها كالسقيانات. (غاية البيان)

(٨) الزرع.

(٩) أى لا يجوز.

(١٠) أى لا يجوز.

(١١) زرع.

(١٢) أى لا يجوز.

(١٣) أى الحب.

(١٤) أى فى حق صاحب البذر.

وقال مشايخ بلخ: التبن بينهما أيضاً[١]، اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان[٢]؛ ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل[٣].

ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت؛ لأنه حكم العقد[٤]، وإن شرطا التبن للآخر[٥] فسدت؛ لأنه شرط[٦] يؤدى إلى قطع الشركة، بأن لا يخرج[٧] إلا التبن، واستحقاق غير صاحب البذر[٨] بالشرط[٩].

قال[١٠]: وإذا صحت المزارعة، فالخارج على الشرط[١١]؛ لصحة الالتزام، وإن لم تخرج الأرض شيئًا، فلا شيء للعامل؛ لأنه[١٢] يستحقه شركة[١٣]، ولا شركة فى غير الخارج، وإن كانت[١٤] إجارة[١٥]، فالأجر مسمّى، فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسدت[١٦]؛ لأن أجر المثل فى الذمة، ولا تفوت الذمة بعدم الخارج.

---

(١٥) قوله: "والمفسد هو الشرط" أى المفسد هو الشرط الفاسد، وهو الشرط الذى لا يلايم العقد، وهو أن يشترط التبن بغير صاحب البذر، وهما سكتا من ذكر الشرط الفاسد، والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسداً. (ك)

(١) قوله: "وقال مشايخ بلخ إلخ" والجواب عما قال مشايخ بلخ: إن الأصل فيها عدم الجواز؛ لأنها تثبت مع المنافى، فبقدر ما وجد المجوز يعمل به، وما لم يوجد فلا.

(٢) قوله: "اعتباراً للعرف" فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب (ع)

(٣) قوله: "والتبع يقوم" أى يثبت بشرط الأصل، وقد وجد شرائط صحة الشركة فى الأصل، وهو الحب؛ لأنهما اشترطا فيه الشركة، فتثبت الشركة فى التبن أيضًا تبعًا للحب، كالإمام إذا دخل المصر ونوى الإقامة يصير الجندى مقيما، وإن لم يكن فى موضع الإقامة، وكذا المولى مع العبد. (ك)

(٤) قوله: "لأنه حكم العقد إلخ" يعنى لو أنهما سكتا عن ذكر التبن، كان التبن لصاحب البذر؛ لأنه موجب العقد، فإذا نصا عليه فإنما صرحا بما هو موجب العقد، فلا يتغير به وصف العقد، فكان وجود الشرط وعدمه سواء. (ع)

(٥) أى غير صاحب البذر.

(٦) مخالف لمقتضى العقد، وهو يؤدى إلخ.

(٧) بأن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب. (ك)

(٨) مبتدأ.

(٩) خبر.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "فالخارج على الشرط" فإن العقد إذا كان صحيحًا يجب فيه المسمّى، وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمّى. (ع)

(١٢) عامل.

(١٣) يعنى فى الانتهاء. (ع)

(١٤) قوله: "وإن كانت إلخ" يعنى فإن قيل: كانت المزارعة إجارة ابتداء، فلا بد من الأجرة، أجاب عنه بقوله: وإن كانت أى المزارعة إجارة إلخ. (ع)

(١٥) أى ابتداءً. (ن)

قال[١]: وإذا فسدت[٢]، فالخارج لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه واستحقاق الآخر[٣] بالتسميه[٤]، وقد فسدت فبقي النماءكله لصاحب البذر.

قال[٥]: ولو كان البذر من قبل رب الأرض[٦]، فللعامل أجر مثله، لا يزاد[٧] على مقدار ما شرط له من الخارج؛ لأنه رضي بسقوط الزيادة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد: له أجر مثله بالغًا ما بلغ؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها[٨]؛ إذ لا مثل لها[٩] وقد مر في الإجارات[١٠]. وإن كان البذر من قبل العامل، فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه؛ لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها[١١]، وقد تعذر[١٢] ولا مثل لها[١٣]، فيجب رد قيمتها[١٤]، وهل يزاد على ما شرط له من الخارج، فهو على الخلاف[١٥] الذي ذكرناه[١٦].

---

(١٦) مسمى.

(١) أي القدوري.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا فسدت [إجارة] إلخ" يعني إن كانت فاسدة، فلا فرق بين أن تخرج الأرض، وأن لا تخرج الأرض في وجوب أجر المثل للعامل، فإن أخرجت شيئًا، فالخارج لصاحب البذر. (ع)

(٣) مبتدأ.

(٤) خبر.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) والمزارعة فاسدة.

(٧) أجر مثل.

(٨) منافع.

(٩) منافع.

(١٠) قوله: "وقد مر في الاجارات" قال صاحب "النهاية": وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغير؛ لأنه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجارات في مسألة، ما إذا استأجر حمارًا ليحمل طعامًا منه بقفيز منه، فالإجارة فاسدة، ثم قال: ولا يجاوز بالأجر قفيز؛ لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغًا ما بلغ عند محمد؛ لأن المسمى هناك غير معلوم، فلم يصح الحط.

فمن هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم، أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ في الإجارة الفاسدة، كما هو قولهما إلا في الشركة في الاحتطاب، ثم ذكر ههنا، وقال محمد: له أجر مثله بالغا ما بلغ إلى أن قال: وقد مرت في الإجارات، وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الإجارات الفاسدة يبلغ الأجر بالغا ما بلغ، وليس كذلك. وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب؛ لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج، وهذه حوالة بلا تغير. (ع)

(١١) منافع.

(١٢) الرد.

(١٣) منافع.

(١٤) منافع.

(١٥) بين الشيخين وبين محمد.

ولو جمع بين الأرض(١) والبقر حتى فسدت المزارعة، فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر، هو الصحيح(٢)؛ لأن له مدخلا في الإجارة(٣)، وهي(٤) إجارة معنى. وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه(٥)؛ لأن النماء حصل في أرض مملوكة له، وإن استحقه(٦) العامل أخذ(٧) قدر بذره، وقدر أجر الأرض(٨) وتصدق بالفضل؛ لأن النماء يحصل من البذر(٩)، ويخرج من الأرض، وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثًا فيه(١٠)، فما سلم له(١١) بعوض طاب له(١٢)، وما لا عوض له تصدق به(١٣).

قال(١٤): وإذا عقدت المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل(١٥) لم يجبر

---

(١٦) آنفًا.

(١) أي كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر.

(٢) قوله: "هو الصحيح" وقيل يغرم له مثل أجر الأرض مكروبة، فأما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال، فلا ينعقد العقد عليه صحيحًا ولا فاسدًا، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد، إذ المنافع لا تقوم إلا بالعقد، والأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة، لما مر، ومنافع البقر يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد، فيجب أجر المثل، كما يجب أجر مثل الأرض. (كافى)

(٣) قوله: لأن له" أي للبقر مدخلا في الإجارة لجواز إيراد عقد الإجارة عليه، والمزارعة إجارة معنى، فينعقد المزارعة عليه فاسدًا، أو يجب أجر المثل. (ع)

(٤) مزارعة.

(٥) خارج.

(٦) لبذره، خارج.

(٧) عامل.

(٨) أي قدر ما غرم من أجر مثل الأرض. (كافى)

(٩) قوله: "لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض" أي فهو محتاج إليهما، فكان الخبث شديدًا، فأورث وجوب التصدق وعمل العامل، وهو إلقاء البذور وفتح الجداول، ليس بذلك المثابة؛ لجواز حصول النماء بدونه عادة. كما إذا هبت الريح فألقت البذر في أرض، وأمطر السماء فكان ما تمكن بالعمل شبهة الخبث، فلم يورث وجوب التصدق، وهذا هو الفارق بين خبث تمكن في منفعة الأرض، فأوجب التصدق بالفضل، وبين خبث تمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك. (ع)

(١٠) ملك.

(١١) عامل.

(١٢) عامل.

(١٣) العامل.

(١٤) أي القدوري. (عينى)

(١٥) قوله: "فامتنع صاحب البذر" أي قبل إلقاء البذر، وأما بعد إلقائه فيجبر؛ لأن عقد المزارعة يكون لازما من الجانبين بعد إلقاء البذر. (ك)

عليه[١]؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه[٢]، فصار كما إذا استأجر أجيرًا ليهدم داره[٣]، وإن امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل؛ لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر[٤]، والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة[٥]، فيفسخ به المزارعة.

قال: ولو امتنع رب الأرض والبذر[٦] من قبله، وقد[٧] كرب المزارع الأرض، فلا شيء له[٨] فى عمل الكراب، قيل: هذا[٩] فى الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل[١٠]؛ لأنه غرّه[١١] في ذلك.

قال: وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة[١٢]؛ اعتبارًا بالإجارة، وقد مر الوجه في الإجارات[١٣]، فلو كان دفعها[١٤] فى ثلاث سنين، فلما نبت الزرع فى السنة الأولى ولم يستحصد[١٥] حتى مات رب الأرض ترك الأرض فى يد المزارع[١٦]

(١) عمل.

(٢) وهو إلقاء البذر على الأرض، ولا يدرى هل يخرج أم لا؟ (زيلعى)

(٣) ثم ندم فلا يجبر. (عينى)

(٤) قوله: "لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر [سوى ما التزم بالعقد؛ لأنه التزام إقامة العمل، وهو قادر عليها. ع] لأنه التزم إقامة العمل، وهو قادر على إقامة العمل، كما التزمه بالعقد، وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه، فأما إذا امتنع صاحب البذر من العمل، ففى إلزام موجب العقد إياه ضرر فيما لم يتناوله العقد؛ لأن البذر ليس بمعقود عليه، وفى إلقاءه فى الأرض أتلافه، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٥) قوله: "إلا إذا كان عذر إلخ" كالمرض المانع للعامل عن العمل، أو الدين الذى لا وفاء به عنده إلا ببيع الأرض، فيفسخ به المزارعة. (ع)

(٦) والواو حالية.

(٧) والواو حالية.

(٨) أى للمزارع.

(٩) أى الجواب. (ع)

(١٠) قوله: "يلزمه استرضاء العامل" يعنى بأن يعطى العامل أجر مثل عمله؛ لأنه إنما استعمل بإقامة العمل ليزرع، فيحصل له نصيبه من الخارج، فإذا أخذ الأرض بعد ما أقام هذه الأعمال من كرب الأرض، وحفر الأنهار كان هو غارًا للعامل ملحقًا للضرر به، والغرور مدفوع، فينبغى أن يطلب رضاه. (ك)

(١١) عامل.

(١٢) قوله: "وإذا مات أحد المتعاقدين إلخ" واعلم أنه أراد بقوله: "وإذا مات أحد المتعاقدين" ما بعد الزرع؛ لأن الذى يكون قبله مذكور فيما يليه، ولم يفصل بين ما نبت الزرع أو لم ينبت؛ ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله: "فلما نبت الزرع إلخ" ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله تركه ذلك اعتمادًا على دخوله فى إطلاق أول المسألة. (ع)

(١٣) قوله: "وقد مر الوجه فى الإجارات" وهو قوله: لأنه لو بقى العقد صار المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز. (ك)

(١٤) الأرض مزارعةً.

(١٥) يقال: استحصد الزرع، وأحصد بمعنى إذا حان له أن يحصد.

حتى يستحصد الزرع، ويقسم على الشرط، وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين؛ لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مرعاةً للحقين[١]، بخلا ف السنة الثانية والثالثة؛ لأنه ليس فيه ضرر[٢] بالعامل فيحافظ فيهما على القياس[٣].

ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب[٤] الأرض، وحفر الأنهار، انتقضت المزارعة[٥]؛ لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع، ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل؛ لما نبينه إن شاء الله تعالى[٦].

وإذا فسخت المزارعة بدين فادح[٧]، لحق صاحب الأرض، فاحتاج إلى بيعها فباع جاز[٨]، كما في الإجارة، وليس للعامل أن يطالبه[٩] بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء؛ لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوم بالخارج، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء. ولو نبت الزرع[١٠]، ولم يستحصد لم تبع الأرض في الدين[١١]، حتى يستحصد الزرع؛ لأن في البيع إبطال حق المزارع، والتاخير أهون من الإبطال، ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين؛ لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو[١٢] ظالماً[١٣]، والحبس جزاء الظلم.

---

(١٦) قوله: "ترك الأرض إلخ" أي يبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد، ولايثبت إجارة مبتدأة، حتى لا يجب الأجر على المزارع. (ك)

(١) حق المزارع وحق الورثة. (كافي)

(٢) أي في نقض المزارعة في هاتين السنتين.

(٣) قوله: "فيحافظ إلخ" أي فيحافظ في السنة الثانية والثالثة على وجه القياس، حيث تبطل المزارعة، بخلا ف السنة الأولى؛ فإنه لا تبطل المزلرعة فيها استحساناً. (غن)

(٤) العامل.

(٥) قوله: "انتقضت المزارعة" بخلا ف المسألة الأولى، حيث بقي بإرضاءه؛ لأنه كان مغروراً من جهته بالامتناع باعتباره، ولم يوجد ذلك ههنا؛ لأن الموت يأتي بدون اختياره. (زيلعي)

(٦) إشارة إلى قوله بعد هذا؛ لأن المنا فع إنما تتقوم بالعقد إلخ. (غن)

(٧) قوله: "وإذا فسخت المزارعة بدين فادح [فدحه الأمر أثقله. مغرب] إلخ" هذا القول والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية "الزيادات"؛ فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضاء؛ لأنها في معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة، والإجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك. (ع)

(٨) الفسخ. (ع)

(٩) سواء كان البذر من العامل أو من رب الأرض، كذا في "العناية".

(١٠) والدين على رب الأرض ثقيل.

(١١) قوله: "لم تبع الأرض في الدين إلخ" ولا كذلك لو زرع الأرض، ولم ينبت بعد؛ لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم؛ لأن التبذير استهلاك. (زيلعي)

(١٢) رب الأرض.

قال(١): وإذا انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يدرك، كان على المزارع أجر مثل نصيبه(٢) من الأرض إلى أن يستحصد(٣)، والنفقة على الزرع عليهما(٤) على مقدار حقوقهما، معناه حتى يستحصد(٥)؛ لأن فى تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين(٦)، فيصار إليه، وإنما كان العمل(٧) عليهما؛ لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة، وهذا عمل فى المال المشترك(٨). وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض(٩)، والزرع بقل حيث يكون العمل فيه(١٠) على العامل؛ لأن هناك(١١) أبقينا العقد فى مدته، والعقد يستدعى العمل على العامل، أما ههنا(١٢) العقد قد انتهى، فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد، فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه.

فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه(١٣)، وأمر القاضي فهو متطوع؛ لأنه لا ولاية له عليه(١٤)، ولو أراد رب الأرض(١٥) أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك؛ لأن

---

(١٣) بالمماطلة (زيلعى)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "على المزارع أجر مثل نصيبه [أى يبقى الزرع وكان على المزارع إلخ] إلخ" حتى لو كانت المزارعة بالنصف، كان عليه أجر مثل نصف الأرض؛ لأن المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة، لم يبق للعامل حق منفعة الأرض، وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك. (زيلعى)

(٣) الزرع.

(٤) قوله: "والنفقة على الزرع عليهما [مزارع ورب الأرض] إلخ" وهى مؤنة الحفظ والسقى وكرى الأنهار عليهما على مقدار نصيبهما، حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب. (ع)

(٥) قوله: "معناه" أى معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما، يريد أن النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع. (ك)

(٦) قوله: "تعديل النظر من الجانبين [رب الأرض ومزارع] إلخ" فإنا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به، وإن أبقينا بلا أجر تضرر رب الأرض، فأبقيناه بالأجر، وفيه تعديل النظر من الجانبين. (ع)

(٧) أى النفقة.

(٨) قوله: وهذا عمل فى المال المشترك إلخ" فيكون العمل عليهما، وهو قبل انتهاء المدة كان على العامل خاصة، فالعمل بعد الانتهاء يكون باعتبار الشركة فى الزرع. (ملا محمد ولى قدس سره)

(٩) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" فإنه يبقى الزرع بلا أجر، ولا اشتراك فى النفقة، ولا اشتراك فى العمل. (ع)

(١٠) قوله: "حيث يكون العمل فيه" مسألة الموت مخالفة لمسألة انقضاء المدة فى الأحكام الثلث، وهى وجوب أجر الأرض، والاشتراك فى النفقة والاشتراك فى العمل، حيث لم يجز أجر مثل نصيبه من الأرض على العامل. (ك)

(١١) أى فى مسألة الموت.

(١٢) أى فى مسألة انقضاء المدة.

(١٣) قوله: "فإن أنفق [ذكره تفريعًا على مسألة القدورى. عينى] أحدهما بغير إذن صاحبه، وأمر القاضى إلخ"، أى فيما إذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره، وبغير أمر من يلى عليه. (ك)

فيه إضراراً بالمزارع، ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا، قيل لصاحب الأرض: اقلع الزرع فيكون[١] بينكما، أو أعطِه قيمة نصيبه، أو أنفق أنت على الزرع، وارجع بما تنفقه في حصته؛ لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه[٢]؛ لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى[٣] نظر له، وقد ترك النظر لنفسه، ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات[٤]؛ لأن بكل ذلك يستدفع[٥] الضرر،

ولو مات المزارع بعد نبات الزرع، فقالت ورثته: نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع، وأبى رب الأرض، فلهم ذلك؛ لأنه لا ضرر على رب الأرض، ولا أجر لهم بما عملوا؛ لأنا أبقينا العقد نظرا لهم[٦]، فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل؛ لما بينا[٧]، والمالك على الخيارات الثلاثة[٨]؛ لما بينا[٩].

قال[١٠]: وكذلك أجرة الحصاد[١١] والرفاع[١٢] والدياس[١٣] والتذرية عليهما[١٤]

---

(١٤) قوله: "لأنه لا ولاية له [أي لأحدهما على صاحبه] عليه" ولا هو مضطر إلى ذلك؛ لأنه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي، فصار هذا نظير ترميم الدار المشتركة. (زيلعي)

(١٥) بعد انقضاء المدة.

(١) زرع.

(٢) قوله: "لا يجبر عليه" أي بعد مضي المدة لانتهاء العقد، فبقي الزرع مشتركاً بينهما، فيخير رب الأرض بين هذه الخيارات. (كافي)

(٣) تنبية: بپايان رسانيدن چيزى را.

(٤) الثلث.

(٥) رب الأرض.

(٦) قوله: "نظراً لهم" فقاموا مقامه، وهو لا يستحق الأجر فكذا هم. (زيلعي)

(٧) قوله: "لما بينا" وهو قوله: لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظراً له إلخ. (ك)

(٨) قوله: "والمالك على الخيارات الثلاثة [المذكورة] إلخ" لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة، يرجع بكلها، إذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد. (ك)

(٩) وهو قوله: لأن بكل ذلك يستدفع إلخ.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "وكذلك أجرة الحصاد [حصاد -بالفتح- درودن. م] إلخ" يعني كما أن النفقة عليهما فيما إذا انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يدرك، كان أجرة الحصادوالرفاع والدياس والتذرية عليهما. (غن)

(١٢) قوله: "والرفاع [برداشتن بندهاى درديده]" -بالفتح والكسر- هو أن يرفع الزرع إلى البيدر، والتذرية: تمييز الحب من التبن بالريح، والبيدر: موضع الطعام الذى يداس فيه. (مل)

(١٣) قوله: "والدياس [كوفتن]" والدياسة في الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب، الدياس صيقل السيف، واستعمال الفقهاء إياه موضع الدياسة تسامح أو وهم. (مغرب)

(١٤) قوله: "والتذرية عليهما [مزارع ورب الأرض]" ذرت الريح التراب تذرية، برداشت باد خاك را ، پرانيد

بالحصص، فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت[١]، وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة[٢]، وهو انقضاء المدة، والزرع لم يدرك، بل هو عام في جميع المزارعات. ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود، فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد[٣]، فيجب مؤنته عليهما، وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه[٤]، وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد[٥] كشرط الحمل والطحن على العامل[٦]. وعن أبي يوسف أنه يجوز[٧] إذا شرط ذلك على العامل للتعامل، اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار مشايخ بلخ[٨]، قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح في ديارنا.

فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ، فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية[٩]، كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه[١٠]، وما[١١] كان[١٢] بعد القسمة فهو عليهما[١٣]، والمعاملة[١٤] على قياس هذا[١٥] ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح

وبرد. (من)

(١) قوله: "فإن شرطاه" أي كون أجرة الحصاد والدياس والرفاع والتذرية في المزارعة على العامل. (ع)

(٢) وهذا الحكم [أي كون أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما. ك] إلخ" لما كان القدوري ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء المدة والزر ع، لم يدرك كان توهم اختصاصها بذلك، فقال المصنف: هذا الحكم ليس بمختص إلخ. (ع)

(٣) الواو حالية.

(٤) قوله: "ولا [الواو حالية] يقتضيه [العقد] إلخ" لأن العقد يقتضي عمل المزارعة، وهذه الأشياء ليست من أعمال المزرعة. (زيلعي)

(٥) قوله: "يفسد العقد" والأصل أن اشتراط ماليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما، ومثله يفسد الإجارة، فكذا المزارعة؛ لأن فيها معنى الإجارة. (ع)

(٦) قوله: "كشرط الحمل" أي حمل الحنطة ونحوها إلى منزل رب الأرض. (عيني)

(٧) المزارعة.

(٨) قوله: "وهو اختيار مشايخ بلخ" وهم يزيدون على هذه الرواية، ويقولون: يجوز شرط التنقية والحمل إلى منزله على العامل للتعامل. (زيلعي)

(٩) على الاشتراك على قدر الحصص.

(١٠) آنفاً.

(١١) كالحمل إلى البيت.

(١٢) منه.

(١٣) قوله: "فهو عليهما" لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر، فكان التدبير في ملك واحد منهما إليه. (ع)

(١٤) أي المساقاة. (ع)

(١٥) أي على هذه الوجوه.

والحفظ[١]، فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك كالجداد[٢] والحفظ فهو عليهما[٣]، ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا عرف فيه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما[٤]؛ لأنه مال مشترك ولا عقد[٥].

ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه، ولو أرادا قصل[٦] القصيل[٧]، أو جدّ[٨] التمر بسراً، أو التقاط الرطب، فذلك عليهما؛ لأنهما أنهيا العقد لما عزما على القصل والجداد بسراً، فصار كما بعد الإدراك، والله أعلم.

كتاب المساقاة[٩]

قال أبو حنيفة: المساقاة بجزء من الثمر باطلة[١٠]، وقالا: جائزة إذا ذكر مدة معلومة، وسمى جزء من الثمرة مشاعاً، والمساقاة هي المعاملة[١١] في الأشجار، والكلام فيها كالكلام في المزارعة[١٢].

---

(١) قوله: "والتلقيح [تلقيح: كشن دادن خرما را. م]" تلقيح النخل إدخال شيء من فحولها في أناثها، كتلقيح الحيوانات. (مل)

(٢) وهو بالدال المهملة القطع من جد النخل خدمه، أي قطع ثمرة جداداً. (ن)

(٣) بالاشتراك.

(٤) قوله: "وما كان بعد القسمة" كالحمل إلى البيت والطحن، فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة؛ لأن بالقسمة يتميز ملك أحدهما عن الآخر، فيكون التدبير في ملك واحد منهما إليه. (كافي)

(٥) قوله: "لأنه مال مشترك" سماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان، وقيل: باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما، ألا ترى أن نصيب كل واحد منهما إذا كان معيناً في قرية، يقال لهم: شركاء في القرية. (ع)

(٦) بالفتح: بريدن. (م)

(٧) قوله: "قصل [سبزه بريده شد. م]" يقال: لكل زرع بعد النبات قبل الإدراك. (غن)

(٨) قطع.

(٩) قوله: "كتاب المساقاة [مفاعلة من السقي، وهي معاملة في الأشجار ببعض الخارج منها]" لا يخفى مناسبتها مع المزارعة، وهي المشاركة في الخارج، ثم مع كثرة القائلين بجوازها، وورود الأحاديث في معاملة النبي ﷺ أهل خيبر، قدمت المزارعة عليها لشدة الحاجة إلى معرفة أحكامها وكثرة فروعها ومسائلها، كما أفاده في "النهاية". (در المختار)

(١٠) قوله: "المساقاة [أي مشاعاً] إلخ" ثم معنى المساقاة لغةً وشرعاً، ما هو مذكور في الصحاح وغيره، أن المساقاة أن تستعمل رجلا في نخيل أو كروم أو غيرهما؛ ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمره. (ن)

(١١) بلغة أهل المدينة. (ع)

(١٢) قوله: "والكلام فيها إلخ" أي: وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت في المزارعة، وفي "فتاوى قاضي خان"، وشرائطها منها بيان نصيب العامل، فإن بينا نصيب العامل، وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحساناً، كما قلنا في المزارعة. ومنها الشركة في الخارج، كما في المزارعة، ومنها التخلية بين الأشجار والعامل، ومنها بيان الوقت، فإن سكتا عن الوقت جاز استحساناً، ويقع العقد على أول ثمرة تكون في تلك السنة، فإن لم يخرج في تلك السنة ثمرة ينتقض المعاملة. (ك)

وقال الشافعي: المعاملة جائزة[١]، ولا يجوز المزارعة إلا تبعًا للمعاملة[٢]؛ لأن الأصل في هذا[٣] المضاربة، والمعاملة أشبه بها[٤]؛ لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل[٥]، وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر، بأن شرط رفعه[٦] من رأس الخارج يفسد، فجعلنا المعاملة أصلا وجوّزنا المزارعة تبعًا لها كالشرب[٧] في بيع الأرض[٨]، والمنقول في وقف العقار[٩].

وشرط المدة قياس فيها؛ لأنها إجارة معنى كما في المزارعة[١٠]، وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز، ويقع على أول ثمر يخرج[١١]؛ لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم، وقلما يتفاوت[١٢]، ويدخل فيها ما هو المتيقن[١٣]، وإدراك البذر[١٤] في أصول الرطبة[١٥] في هذا بمنزلة إدراك الثمار؛ لأن له نهاية معلومة، فلا

---

(١) قوله: "وقال الشافعي: المعاملة جائزة" إلى قوله والمنقول في وقف العقار من كلمات الشافعي. (ن)

(٢) قوله: "إلا تبعًا للمعاملة" بأن يكون بين النخيل والكرم أرض بيضاء يسقى بماء النخيل، وقد أخذ النخيل مع الأرض معاملة جاز، حتى لو كانت الأرض تسقى بماء على حدة لا يجوز. (عيني)

(٣) أي في جواز المزارعة والمساقاة.

(٤) من المزارعة.

(٥) شجر.

(٦) بذر.

(٧) هو النصيب من الماء.

(٨) يجوز بيعه تبعًا لبيع الأرض.

(٩) قوله: "والمنقول في وقف العقار" فإنه يصير وقفًا تبعًا للعقار، ولا يجوز وقفه بانفراده. (عيني)

(١٠) ولا بد في الإجارة من بيان المدة على ما مر.

(١١) أي في السنة الأولى.

(١٢) فالجهالة يسيرة.

(١٣) وهو أول الثمرة.

(١٤) قوله: "وإدراك البذر [معناه دفع أصول الرطبة لإدراك البذر بمنزلة دفع الأشجار لإدراك الثمار. ن]" إلخ" معناه لو دفع رطبة قد انتهى جزازها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله من رزق فهو بينهما نصفان جاز، إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده؛ لأنه يصير في معنى ثمر الشجر،
وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين، فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين، والبذر إنما يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا، والرطبة لصاحبها. (ع)

(١٥) قوله: "في أصول الرطبة" أي معامله نمايند دو شخص برين وجه كه سپرد كند مالك بيخهاى رطبه أعني سپست را كه در زمين مذكور ست بديگرى تا آب دهد آنرا وعمل كند دران حتى كه تخم آرد وپخته شود آن تخم وآنچه از تخم حاصل شود مشترك باشد ميان آنها وتعين مدت نكند پس اين معامله جائز است وواقع شود بر اول تخميكه بظهور برآيد وپخته گردد وزيرا چه تخم بمنزله ثمر است. (ترجمه)
قوله: "بالرطبة" بالفتح: الأسفست، وفي كتاب العشر: البقول غير الرطاب، فإنما البقول مثل الكراث ونحو ذلك،

يشترط بيان المدة. بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءه يختلف كثيرًا خريفًا[١] وصيفًا وربيعًا، والانتهاء بناء عليه، فتدخله الجهالة.

وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسًا[٢] قد علق[٣]، ولم يبلغ[٤] الثمر معاملة حيث لا يجوز[٥] إلا ببيان المدة[٦]؛ لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتًا فاحشًا.

وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة[٧] على أن يقوم عليها[٨]، أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة؛ لأنه ليس لذلك نهاية معلومة؛ لأنها تنمو ما تركت في الأرض[٩]، فجهلت المدة[١٠]، ويشترط[١١] تسمية الجزء مشاعًا؛ لما بينا في المزارعة[١٢]، إذ شرط جزء معين يقطع الشركة[١٣].

والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان وما يجرى مجراه، والأول هو المذكور فيما عندى من كتب اللغة فحسب. (مغرب)

(١) قوله: "يختلف إلخ" فإن من الناس من يزرع في الخريف، ومنهم من يزرع في الربيع، ومنهم من يزرع في الصيف، وإذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر عرفًا، كان الانتهاء، كذلك فكانت المدة مجهولة، فلا يجوز. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا دفع إليه" أي إذا دفع الرجل إلى الرجل غرس شجر، أو، كرم، أو نخل، قد علق على أن يقوم عليه، ويسقيه ويصلحه ،فما أخرج الله من ذلك الغرس من الثمر، فهو بينهما نصفان، فهذه معاملة فاسدة. (غن)

(٣) في الأرض (كافي) أي نبت ولم يبلغ حد الأثمار. (ك)

(٤) أي لم يبلغ الغرس الأثمار. (ك)

(٥) قوله: "لا يجوز" هذا لأنه لا يدرى متى يحمل الشجر، وقد يتفاوت الأشجار في الحمل بحسب قوة الأرض وضعفها، فلا بد من بيان المدة. (غن)

(٦) قوله: "إلا ببيان المدة" بأن يذكر سنين معلومة؛ لأنه لا يدرى في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر، فالأشجار تتفاوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الأرض بالقوة والضعف، فإن بينا مدة معلومة، صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلومًا، فيجوز، وإن لم يبينا ذلك لا يجوز. (ك)

(٧) ثابتة في الأرض. (ك)

(٨) قوله: "على أن يقوم عليها [ويسقيها حتى يذهب أصولها، وينقطع نباتها على أن الخارج بينهما. في الكلام مجاز مخل. ع]" أي حتى يذهب أصولها ينقطع نباتها، أي حينئذ لا يجوز، أما إذا دفع النخيل، أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها معاملة مطلقًا، فيجوز إذا كان للرطبة جزاز معلوم، ويقع المعاملة في النخيل على أول ثمرة يخرج، وفي الرطبة على أول جزة يجز.

وأما إذا لم يكن للرطبة جزاز معلوم فلا يجوز، سواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق، أو لم يذكر شيئًا، هو المراد من قوله: أو أطلق في الرطبة؛ لأن في كل منها جهالة المدة في الرطبة، بخلاف النخيل؛ فإنه لو قيد بقوله: دفعتكها معاملة إلى أن يذهب أصولها فلا يجوز، وإن أطلق على ذلك فهو جائز، فيقع المعاملة على أول ثمر يخرج في تلك السنة. (ك)

(٩) قوله: "لأنها تنموا ما تركت [أي مادام تركت] إلخ" دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما، حتى يذهب أصولهما؛ لأنه لا نهاية لذلك، فكان غير معلوم. (ع)

(١٠) قوله: "فجهلت المدة" لأن الرطبة مما يزداد طولا، بطول المدة، فمتى لم يكن وقت الجزازة معلومًا كان مدة المعاملة مجهولة، بخلاف الثمر؛ لأن لإدراكه وقتًا معلومًا إذا بلغ ذلك، لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان، أما الرطبة بخلافها. (ك)

(١١) متعلق بقوله: وسمى جزء من الثمر مشاعًا. (غن)

وإن سمّيا في المعاملة وقتًا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها[١] فسدت المعاملة، ؛ لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج، ولو سمّيا مدة قد يبلغ الثمر فيها، وقد يتأخر عنها جازت؛ لأنا لا نتيقن بفوات المقصود، ثم لو خرج في الوقت المسمى، فهو على الشركة؛ لصحة العقد، وإن تأخر فللعامل أجر المثل؛ لفساد العقد؛ لأنه تبين الخطأ في المدة المسمّاة، فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء[٢].

بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا؛ لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقى العقد صحيحًا[٣]، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه.

قال[٤]: وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب، وأصول الباذنجان. وقال الشافعي في الجديد[٥]: لا تجوز إلا في الكرم والنخل؛ لأن جوازها[٦] بالأثر، وقد خصّمهما وهو حديث خيبر[٧]*.

ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت[٨]، وأثر خيبر لا يخصهما[٩]؛ لأن أهلها[١٠] كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضًا[١١]، ولو كان كما زعم[١٢]، فالأصل في

---

(١٢) من أنه لو شرط لأحدهما قفزانًا مسماة، فهي باطلة؛ لأن به ينقطع الشركة؛ لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر.

(١٣) في الخارج.

(١) أي في تلك المدة.

(٢) أي أنه لا يخرج الثمر في هذه المدة.

(٣) وموجبه الشركة في الخارج. (كافي)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أي في قوله الجديد.

(٦) معاملة.

(٧) فإنه لما افتتح خيبر أقر رسول الله ﷺ اليهود على أن يعملوا فيها على نصف ما يخرج فيها من ثمر أو زرع.

* راجع كتاب المزارعة في نصب الراية ج٤ ص١٧٩، وأيضًا في الدراية ج٢، الحديث٨٩٧ ص٢٠٤. (نعيم)

(٨) وعموم العلة يقتضي عموم الحكم. (ع)

(٩) النخل والكرم.

(١٠) خيبر.

(١١) قوله: "يعملون في الأشجار إلخ" روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع، رواه البخاري ومسلم وجماعة أخرى، وهذا مطلق، فلا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض. (زيلعي)

(١٢) قوله: ولو كان كما زعم إلخ" أي لو كان الأمر كما زعم، من كون عمل أهل خيبر مقتصرا على النخيل والكرم، فلا يقتضي هذا اقتصار حكم الشرع على المورد؛ لأن الأصل في المنصوص التعليل، فيمنع الأصل المذكور اقتصار

النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله[١].

وليس لصاحب الكرم[٢] أن يخرج العامل من غير عذر؛ لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر[٣]؛ بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر[٤]، على ما قدمناه[٥].

قال[٦]: فإن دفع نخلا فيه تمر مساقاة، والتمر يزيد بالعمل جاز، وإن كانت[٧] قد انتهت لم يجز، وكذا على هذا إذا دفع[٨] الزرع وهو بقل جاز، ولو استحصد[٩] وأدرك لم يجز؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي، والإدراك فلو جوزناه[١٠] لكان استحقاقًا بغير عمل، ولم يرد به الشرع[١١]، بخلاف ما قبل ذلك[١٢] لتحقق الحاجة إلى العمل. قال[١٣]: وإذا فسدت المساقاة، فللعامل أجر مثله؛ لأنه[١٤] في معنى الإجارة الفاسدة، وصارت كالمزارعة إذا فسدت، قال[١٥]: وتبطل[١٦] المساقاة بالموت؛ لأنها في معنى الإجارة، وقد بيناه فيها[١٧]، فإن

الحكم على المورد. وإنما الاقتصار فيما لم يعلل، أي يكون مخالفًا للقياس لا سيما الأصل الذي عند الشافعي؛ فإن هذا الأصل عنده حجة موجبة، أما عندنا فلا يجوز العمل بهذا الأصل إلا بقدر قيام الدليل، على أن هذا النص معلل في الحال، فلا يجوز العمل بهذا الأصل بدون قيام هذا الدليل عندنا، لكنه يكفي في منع اقتصار الحكم على المورد. (أعظمي)

(١) فإن بابه أوسع عنده؛ لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة. (ع)

(٢) ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. (عيني)

(٣) ولا ينفرد واحد منهما بفسخه إلا بعذر، كسائر الإجارات. (ك)

(٤) قوله: "بالإضافة إلى صاحب البذر" لأن في إبقاء البذر في الأرض إتلاف ملكه، فله أن لا يرضى به، وههنا لا يحتاج رب الكرم في إبقاء العقد إلى إتلاف شيء من ماله، فيلزم العقد من الجانبين. (كافي)

(٥) قوله: "على ما قدمناه" إشارة إلى ما قال في كتاب المزارعة: وإذا عقدت المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه إلخ. (ع)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) تمر.

(٨) مساقاة.

(٩) الزرع.

(١٠) ههنا.

(١١) لأنها جوزت بالأثر، فيما يكون أجر مثل العامل بعض الخارج. (ع)

(١٢) أي ما قبل التناهي والإدراك. (ك)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) معاملة.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) قوله: "وتبطل" لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث.

مات رب الأرض والخارج بسر، فللعامل أن يقوم عليه، كما كان يقوم قبل ذلك[١] إلى أن يدرك التمر؛ وإن كره[٢] ذلك ورثة رب الأرض استحسانًا[٣]، فيبقى العقد دفعًا للضرر عنه[٤] ولا ضرر فيه على الآخر[٥].

ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر[٦] بين أن يقتسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر، حتى يبلغ[٧] فيرجعوا بذلك في حصة العامل من التمر[٨]؛ لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم، وقد بينا نظيره في المزارعة[٩].

ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن[١٠] كره رب الأرض؛ لأن فيه النظر من الجانبين، فإن أرادوا أن يصرموه[١١] بسرًا، كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة[١٢] التي بيناها[١٣].

وإن ماتا جميعًا فالخيار لورثة العامل؛ لقيامهم مقامه[١٤]، وهذا خلافة في حق

---

(١٧) قوله: "فيها" أي في الإجارات من أنه إذا مات أحد المتعاقدين، وقد عقد الإجارة لنفسه، انفسخت الإجارة.

(١) موت.

(٢) قوله: "وإن [الواو وصلية] كره ذلك ورثة إلخ" أي ليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانًا؛ لأن في منعه إلحاق الضرر، فيبقى العقد دفعًا للضرر عنه، ولا ضرر على الورثة. (زيلعي)

(٣) قوله: "استحسانًا" وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما، وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل أنصافًا إن شرطا أنصافًا؛ لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج، والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين. (ع)

(٤) عامل.

(٥) ورثة صاحب الأرض.

(٦) أي صاحب الأرض.

(٧) التمر.

(٨) قوله: "فيرجعوا إلخ" وفي رجوعهم في حصة إشكال، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، وكان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط، يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما، حتى يستحق المؤنة بحصته فقط، وهذا خلف؛ لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المساقاة، وهذا الإشكال وارد في المزارعة أيضًا. (زيلعي)

(٩) قبيل كتاب المساقاة.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) يقطعوه.

(١٢) قوله: "بين الخيارات الثلاثة إلخ" أي إن شاءوا جزوا البسر، فقسموه على الشرط، وإن شاءوا أعطوه نصف قيمة البسر، وصار البسر كله بينهم، وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ، ويرجعوا بالنفقة في حصة العامل من الثمر، كما في المزارعة. (ك)

(١٣) آنفًا.

مالى(١)، وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، لا أن يكون وراثة في الخيار. فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه، كان الخيار فى ذلك إلى ورثة رب الأرض على ما وصفنا(٢).

قال: وإذا انقضت(٣) مدة المعاملة، والخارج بسر أخضر، فهذا والأول سواء(٤)، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر(٥)؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره(٦).

بخلاف المزارعة فى هذا(٧)؛ لأن الأرض يجوز استئجارها(٨)، وكذلك العمل كله على العامل ههنا(٩)، وفى المزارعة فى هذا(١٠) عليهما؛ لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل، وههنا لا أجر، فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهاءها(١١).

---

(١٤) قوله: "لقيامهم مقامه إلخ" وكان له فى حياته هذا الخيار بعد موت رب الأرض، فكذا يكون لورثته بعد موته. (كافى)

(١) قوله: "وهذا [أى الخيار الثابت لورثة العامل. عن] خلافة فى حق مالى" إنما قاله جوابا لسوال مقدر، بأن يقال: خيار الشرط لا يورث عندكم؛ لأنه عوض لا يقبل النقل، فكيف يثبت هذا الخيار لهم، فقال: هذه خلافة في حق مالى إلخ. (غن)

(٢) أى الخيارات الثلاثة التى مرت.

(٣) أى فيما إذا لم يمت واحد منهما.

(٤) قوله: "فهذا [أى انقضاء المدة] والأول [أى صورة الموت. ع] سواء [فى خيار العامل]" والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل، وإن شاء خير بين الخيارات الثلاثة. (ع)

(٥) قوله: "لكن بغير أجر" أى على العامل في معاملة نصيبه، من الثمرة التى بقيت على الشجر، بعد انقضاء المدة. (ك)

(٦) قوله: "لايجوز استئجاره [على ما مر فى الإجارة]" حتى لو اشترى ثمارا على الأشجار، ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك، لا يجب عليه أجر. (ك)

(٧) أى فيما إذا انقضت مدة المزارعة. (ك)

(٨) قوله: "يجوز استئجارها" فإن من اشترى زرعًا فى أرض، ثم استأجر الأرض مدة معلومة جاز، ووجب المسمى، وإن استأجرها إلى وقت إدراك الزرع وجب أجر المثل. (ك)

(٩) قوله: "وكذلك العمل إلخ" أى إذا ظهر هذا الفرق يبتنى عليه فرق آخر، وهو أن العمل هناك عليهما بحسب ملكهما فى الزرع؛ لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل، لا يستوجب عليه العمل فى نصيبه بعد انتهاء المدة، وههنا العمل على العامل فى الكل؛ لأنه لا يستوجب رب النخل عليه أجراً بعد انقضاء المدة، كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة، فيكون العمل كله على العامل إلى وقت الإدراك، كما قبل انقضاء المدة. (ك)

(١٠) أى فيما إذا انقضت مدة المزارعة.

(١١) مدة

قال[١]: وتفسخ[٢] بالأعذار؛ لما بينا في الإجارات[٣]، وقد بينا وجوه العذر فيها[٤]، ومن جملتها أن يكون العامل سارقًا يخاف عليه سرقة السعف[٥] والثمر قبل الإدراك؛ لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به.

ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه[٦] عن العمل؛ لأن في إلزامه استئجار الإجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه، فيجعل ذلك عذرًا، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرًا؟ فيه روايتان[٧]: وتأويل إحداهما أن يشترط العمل بيده، فيكون عذرًا من جهته[٨].

ومن دفع أرضًا[٩] بيضاء[١٠] إلى رجل سنين معلومة، يغرس فيها شجرًا على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك؛ لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا[١١] قبل الشركة لا بعمله[١٢].

وجميع الثمر والغرس لرب الأرض، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل؛ لأنه في معنى قفيز الطحان، إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله[١٣]، وهو نصف البستان فيفسد، وتعذر رد الغراس[١٤] لاتصالها[١٥] بالأرض، فيجب

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) المساقاة.

(٣) من أنه عجز العاقد عن المضي في موجب العقد، إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد.

(٤) قوله: "وقد بينا وجوه العذر فيها [أي في الإجارة. ع]" يريد به قوله: ولنا أن المنافع غير متقومة، وهي المعقود عليها، فصارت العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض إلخ. (ع)

(٥) شاخ خرما يا برگ آن. (م)

(٦) مرض.

(٧) قوله: "فيه روايتان" في إحداهما لا يكون عذرًا، ويجبر على ذلك؛ لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر، وهو ما يلحقه به ضرر، وههنا ليس كذلك، وفي الأخرى عذر، وتأويله: أن يشترط عليه العمل بنفسه، فإذا ترك العمل كان ذلك عذرًا، أما إذا دفع إليه النخيل على أن يعمل فيه بنفسه وبإجرائه، فعليه أن يستخلف غيره، فلا يكون ترك العمل عذرًا في فسخ المعاملة. (عناية)

(٨) لأنه تعذرعليه استيفاء المعقود عليه. (ك)

(٩) هذا من مسائل الأصل، ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. (عيني)

(١٠) ليس فيها شجر. (ع)

(١١) وهو الأرض. (ع)

(١٢) عامل.

(١٣) قوله: "إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله [عامل]" لأنه استأجر أجيرًا ليجعل أرضًا بستانًا بآلات الأجير، على أن يكون أجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله. (زيلعي)

قيمتها وأجر مثله؛ لأنه لا يدخل في قيمة الغراس[١]؛ لتقومها بنفسها[٢]، وفي تخريبها[٣] طريق آخر[٤] بيناه في "كفاية المنتهى"، وهذا أصحهما[٥]، والله أعلم.

كتاب الذبائح[٦]

قال[٧]: الذكاة شرط حل الذبيحة[٨]؛ لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾[٩]، ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وكما يثبت[١٠] به الحل، يثبت به الطهارة في المأكول وغيره، فإنها تنبئ عنها[١١]، ومنه قوله عليه السلام[١٢]: «ذكاة

---

(١٤) بالكسر: نهال نشانده شد. (م)

(١٥) قوله: "لاتصالها [إنما أنث الضمير الراجع إليه على تأويل الأغراس. غن] إلخ" فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر، بل يكون يعطيه خشبة، ولم يكن مشروطا، بل المشروط تسليم الشجر. (ع)

(١) قوله: "لأنه [أجر المثل] لا يدخل في قيمة الغراس" وقد انتفى بعمله أجر، وهو نصف الأرض، ونصف الخارج، ولم يحصل شيء. (زيلعي)

(٢) قوله: "لتقومها بنفسها" أي لأنها أعيان متقومة بنفسها لا مجانسته بينها وبين عمل العامل؛ لأنه يتقوم بالعقد لا قيمة له بنفسه. (ع)

(٣) أنث الضمير الراجع إلى اجر المثل بتأويل الأجرة. (غن)

(٤) قوله: "طريق آخر [أي طريق الشراء] وهو أن يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الأرض، والغراس مجهولة فلا يجوز. (ك)

(٥) قوله: "وهذا أصحهما" يعني المذكور في "الهداية" أصحهما؛ لأنه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه، على أن يكون نصف المصبوغ للصابغ في أن الغراس آلة يجعل الأرض بها بستانا، كالصبغ للثوب، وإذا فسدت الإجارة، بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض، وهي متقومة، فيلزمه قيمته، كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله. (ع)

(٦) قوله: "كتاب الذبائح" ذكرها بعد المساقاة؛ لأن في كل منهما إصلاح ما لا ينتفع به بالأكل في الحال للانتفاع في المآل، كذا نقل في "رد المحتار".

والذبائح هي جمع ذبيحة، وهي اسم ما يذبح، كالذبح -بالكسر- والذبح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج، والذكاة الذبح، اسم من ذكى الذبيحة تزكية إذا ذبحها. (مل)

(٧) أي المصنف، كذا قال العيني.

(٨) قوله: "الذكاة [ذكا الشاة ذكاة: گلو بريد گوسفند را. من] إلخ" يعني أن الذبح شرط لكل ما يؤكل لحمه من الحيوان؛ لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ بعد قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ إلخ، استثنى من الحرمة المذكى، فيكون حلالا، والمرتب على المشتق معلول بصيغة المشتق منه؛ لكنه لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا. (ع)

(٩) وحكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله. (ك)

(١٠) في المأكول. (ع)

(١١) أي لغة طهارة.

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام" قلت: غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن ابن الحنفية وأبي قلابة قال: إذا جفت الأرض فقد ذكت. (ت)

الأرض يبسها[١]»*، وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة[٢] واللحيين[٣]، واضطرارية: وهى الجرح فى أى موضع كان من البدن.

والثانى كالبدل عن الأول[٤]؛ لأنه لا يصار إليه[٥]، إلا عند العجز عن الأول، وهذا آية البدلية[٦]. وهذا لأن الأول[٧] أعمل فى إخراج الدم، والثانى[٨] أقصر فيه، فاكتفى به[٩] عند العجز عن الأول، إذ التكليف بحسب الوسع، ومن شرطه[١٠] أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد[١١]، إما اعتقاداً كالمسلم[١٢]، أو دعوى كالكتابى[١٣]، وأن يكون حلالا خارج الحرم، على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

قال[١٤]: وذبيحة المسلم والكتابى حلال؛ لما تلونا[١٥]، ولقوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم[١٦]﴾، ويحل إذا كان يعقل التسمية[١٧] والذبيحة[١٨]

---

(١) قوله: "ذكاة الأرض يبسها" أى طهارة الأرض أى إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت، كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب، كذا فى "الصحاح" و "المغرب".

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٨١، وانظر فى الدراية ج٢ ص ٢٠٥ تحت كتاب الذبائح . (نعيم)

(٢) لبة: سر سينه. (من) اللبة المنحر من الصدر. (مغرب)

(٣) اللحى العظم الذى عليه الأسنان. (مغرب) لحى بالفتح جارى ريش از مردم وهما لحيان. (من)

(٤) قوله: "كالبدل عن الأول" إنما قال كالبدل؛ لأن الإبدال يعرف بالنص ولم يرد فيه، وقد وجدت فيه إمارة البدلية، فقال كالبدل. (ع)

(٥) ثانى.

(٦) قوله: "وهذا آية البدلية" لكنه لما اختلف محل كل واحد منهما، لم يجزم بكونه بدلا للاختيارية، فجعلت شبهة للبدل. (أعظمى)

(٧) اختيارى.

(٨) اضطرارى.

(٩) ثانى.

(١٠) ذبح.

(١١) ملة سماوية. (زيلعى)

(١٢) قوله: "أما اعتقاداً" والظاهر أنه مفعول له، أى كونه صاحب دين التوحيد؛ لأجل اعتقاده أو لأجل الدعوى. (أعظمى)

(١٣) قوله: "كالكتابى [فإنه يدعى التوحيد. ك]" ثم إنما يحل ذبيحة الكتابى فيما إذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير أو اسم المسيح، وأما إذا ذكر ذلك فلا يحل، كما لا يحل ذبيحة المسلم إذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى؛ لقوله تعالى: ﴿وما أهل به لغير الله﴾، فحال الكتابى فى ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم. (ك)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ لأن الخطاب عام. (غن)

(١٦) قوله: "وطعام الذين إلخ" والمراد به مذكاهم؛ لأن مطلق الطعام غير المذكى يحل من أى كافر كان، ولا يشترط فيه أن يكون من أهل الكتاب. (زيلعى)

ويضبط[١]، وإن[٢] كان[٣] صبيًا أو مجنونًا[٤] أو امرأة، أما إذا كان لا يضبط، ولا يعقل التسمية، والذبحة لا تحل؛ لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص، وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا[٥]، والأقلف[٦] والمختون سواء؛ لما ذكرنا[٧]، وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي[٨]؛ لأن الشرط قيام الملة على ما مر[٩].

قال[١٠]: ولا تؤكل ذبيحة المجوسي؛ لقوله عليه السلام: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نساءهم ولا آكلي ذبائحهم[١١]»*، ولأنه[١٢] لا يدعي التوحيد، فانعدمت الملة اعتقادًا ودعوى.

---

(١٧) قوله: "إذا كان [الذابح] يعقل إلخ" أي يعقل أن التسمية محللة، ويعقل أن الذبح لإخراج الدم المسفوح، وضبط الذبح أن يقدر على فرى الأوداج. (أعظمي)

(١٨) بكسر الذال، نوع من الذبح. (غن)

(١) أي يقدر على فرى الأوداج ويحسن القيام به.. (ك)

(٢) الواو وصلية.

(٣) الذابح.

(٤) قال في "النهاية": أي معتوهًا؛ لأن المجنون لا قصد له، ولا بد منه. (ع)

(٥) يعني قوله: إذا كان يعقل التسمية والذبحة ويضبط. (ع)

(٦) ختنه نا كرده.

(٧) قوله: "لما ذكرنا" قيل أراد به الآيتين المذكورتين، وفيه نظر؛ لأن عادته في مثله لما تلونا، وقيل: أراد به قوله؛ لأن حل الذبيحة يعتمد الملة، وهذا ليس بمذكور في الكتاب، والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية، وإلى قوله؛ ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وعادته في مثله ذلك. وقيل: إنما ذكر الأقلف احترازًا عن قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه: إنه يقول: شهادة الأقلف وذبيحته لا تجوز. (ع)

(٨) قوله: "والتغلبي" عطف على العربي، من عطف الخاص على العام؛ لأن بني تغلب قوم فلاحون، يسكنون بعرب الروم. (عيني)

قوله: "والتغلبي" بنو تغلب قوم من مشركي العرب، طالبهم عمر رضي الله تعالى عنه بالجزية فأبوا، فصولحوا على أن يعطوا الصدقة مضاعفة فرضوا. (مغرب)

(٩) قوله: "لأن الشرط قيام الملة، على ما مر [آنفًا]" فيه نظر؛ لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط، ويمكن أن يجاب عنه، بأنه شرط في معنى العلة. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "سنوا بهم [أي اسلكوا بهم على طريق أهل الكتاب في إعطاء الأمان بأخذ الجزية] إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وأخرج عبد الرزاق عن الحسن بن محمد بن علي: «أن النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليه الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نساءهم ولا آكلي ذبائحهم»، انتهى (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨١، والدراية ج٢، الحديث٨٩٩ ص٢٠٥. (نعيم)

(١٢) مجوسي.

قال[١]: والمرتد؛ لأنه لا ملة له؛ فإنه لا يقر على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابى إذا تحول إلى غير دينه[٢]؛ لأنه يقر عليه[٣] عندنا، فيعتبر ما هو عليه عند الذبح[٤]، لا ما قبله[٥]. قال[٦]: والوثني؛ لأنه لا يعتقد الملة، قال[٧]: والمحرم يعنى من الصيد[٨]، وكذا لا يؤكل ما ذبح فى الحرم من الصيد، والإطلاق فى المحرم ينتظم الحل والحرم، والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم وهذا؛ لأن الذكاة فعل مشروع، وهذا الصنيع محرم[٩]، فلم تكن ذكاة بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد، أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح؛ لأنه فعل مشروع؛ إذ الحرم لا يؤمن الشاة[١٠]، وكذا لا يحرم ذبحه[١١] على المحرم.

قال[١٢]: وإن ترك[١٣] الذابح التسمية عمداً، فالذبيحة ميتة لا تؤكل، وإن تركها ناسيًا أكل[١٤]، وقال الشافعي: أكل فى الوجهين[١٥].

وقال مالك: لا تؤكل فى الوجهين[١٦]، والمسلم والكتابى فى ترك التسمية

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "إذا تحول إلى غير دينه" قيل: معناه إلى غير دينه من أديان أهل الكتاب، ويحتمل أن يكون معناه أنه يخالف المرتد، فى أنه يقر على ما انتقل إليه، ولو كان من غير دين أهل الكتاب. (أعظمى)

(٣) على ما تحول إليه.

(٤) قوله: "عند الذبح" حتى لو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته، بمنزلة ما لو كان مجوسيًا فى الأصل، وإن تهود مجوسى، أو تنصر يؤكل صيده وذبيحته، كما لو كان عليه فى الأصل. (ك)

(٥) ذبح.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) هذا القيد لا بد منه؛ لأنه تحل ذبيحة المحرم من الأهلى. (عينى)

(٩) أى ذبح المحرم والذبح فى الحرم.

(١٠) ونحوها من النعم. (عينى)

(١١) أى ذبح غير الصيد.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "وإن ترك" اعلم أن صورة ترك التسمية عامداً أن يعلم أن التسمية شرط، وتركها مع ذكرها، وأما لو تركها من لم يعلم باشتراطها فهو فى حكم الناسى، كذا ذكره فى الحقائق. (سقاية لعطشان الهداية من تصانيف مولانا محمد عبد الحليم، أدخله الله دار النعيم)

(١٤) قوله: "وإن تركها ناسيًا إلخ" والأخرس عاجز عن الذكر، فيكون معذوراً، ويقوم الملة مقامه، كالناسى بل أولى؛ لأنه ألزم. (زيلعى)

(١٥) أى العمد والنسيان.

(١٦) أى العمد والنسيان.

سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية[1] عند إرسال البازى والكلب وعند الرمى، وهذا[2] القول من الشافعى مخالف للإجماع؛ فإنه لاخلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا.

فمن مذهب ابن عمر رضى الله تعالى عنهما، أنه يحرم، ومن مذهب على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم أنه يحل، بخلاف متروك التسمية عامداً[3]؛ ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله تعالى: إن متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد، ولو قضى القاضى بجواز بيعه[4] لا ينفذ؛ لكونه[5] مخالفاً للإجماع.

له قوله عليه السلام[6]: «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمّى أو لم يسم[7]»*، ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعذر النسيان[8] كالطهارة[9] فى باب الصلاة، ولو كانت شرطاً[10] فالملة أقيمت مقامها[11]، كما فى الناسى. ولنا الكتاب: وهو قوله تعالى[12]: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾

---

(١) قوله: "ترك التسمية" يشترط التسمية على المذبوح فى الذبح، وفى الصيد يشترط عند الإرسال والرمى على آلته؛ لأن الطاعة بحسب الطاقة والمقدور. (ع)

(٢) أى حل متروك التسمية عامداً.

(٣) فإنه يحرم بالاتفاق.

(٤) أى بيع متروك التسمية عامداً.

(٥) قضاء.

(٦) سوى بين التسمية وعدمها، والشرط لا يكون كذلك. (ع)

(٧) قوله: "المسلم يذبح على اسم الله إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وفى معناه أحاديث: منها ما أخرجه الدارقطنى ثم البيهقى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قال: «المسلم يكفيه اسمه فإن نسى أن يسمّى حين يذبح فليسمّ وليذكر اسم الله ثم ليأكل»، انتهى (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٩٠٠ ص٢٠٦. (نعيم)

(٨) قوله: "لما سقطت بعذر النسيان" فإن التسمية لو كانت من شرائط الحل، كانت مأموراً بها، وفى المأمور لا فرق بين النسيان والعمد فى العمل، كقطع الحلقوم والأوداج والتكبير والقراءة فى الصلاة، وإنما يقع الفرق فى المزجور كالأكل والشرب في الصوم؛ لأن موجب النهى الانتهاء، والناسى يكون منتهياً اعتقاداً، فأما موجب الأمر الائتمار، والتارك ناسياً أو عامداً لا يكون مؤتمراً. والجواب أنا لا نسلم الملازمة، فإنها تقتضى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على الناسى هيئة مذكرة، كالأكل فى الصلاة، والجماع فى الإحرام، وههنا هيئة توجب النسيان، وهى ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال، فليس هيئة مذكرة موجودة. (مل)

(٩) فإنها شرط لم يجز صلاة من نسى الطهارة. (عن)

(١٠) أى سلمنا أنها شرط، لكن الملة إلخ.

(١١) تسمية.

(١٢) وهو قوله تعالى: إلخ" وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير، وصلة

الآية، نهى وهو[١] للتحريم، والإجماع وهو ما بينا[٢].

والسنة: وهو حديث عدى بن حاتم الطائى رضى الله تعالى عنه[٣]، فإنه عليه السلام قال فى آخره[٤]: «فإنك إنما سمّيت على كلبك ولم تسمّ على كلب غيرك»* علل[٥] الحرمة بترك التسمية.

ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا[٦]؛ إذ لا فصل فيه، ولكنا نقول[٧]: فى اعتبار ذلك[٨] من الحرج ما لا يخفى؛ لأن الإنسان كثير النسيان، والحرج مدفوع[٩]، والسمع[١٠] غير مجرى على ظاهر؛ إذ لو أريد[١١] به لجرت المحاجة[١٢] وظهر الانقياد[١٣]، وارتفع الخلاف فى الصدر الأول[١٤]، والإقامة فى حق الناسى[١٥]،

على تدل على أن المراد به الذكر باللسان، يقال: ذكر عليه إذا ذكر باللسان، وذكره إذ ذكر بالقلب، وقوله: ﴿ولا تأكلوا﴾ عام مؤكد بمن الاستغراقية التى تفيد التاكيد. وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص، فهو غير محتمل للخصوص، فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً، إلا أن الشرع جعل الناسى ذاكراً؛ لعذر كان من جهته، وهو النسيان. (ع)

(١) نهى.

(٢) قوله: "وهو ما بينا" يريد به ما ذكر فى التشنيع بقوله؛ فإنه لاخلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية إلخ. (ع)

(٣) قوله: "وهو حديث عدى بن حاتم إلخ" أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن عدى بن حاتم، قلت: يارسول الله! إنى أرسل كلبى وأسمى، فقال: «إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه». قلت: إنى أرسل كلبى أجد معه كلباً آخر، لا أدرى أيهما أخذه، فقال: «لا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر»، انتهى(ت)

(٤) حين سأله عدى عما إذا وجد مع كلبه كلباً آخر. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٤، والدراية ج٢، الحديث ٩٠١ ص٢٠٦. (نعيم)

(٥) عليه السلام.

(٦) قوله: "يحتج إلخ" استدل مالك بظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ فإن فيه النهى بأبلغ وجه، وهو تاكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل. (ع)

(٧) لدفع قول مالك على سبيل المعارضة. (أعظمى)

(٨) أى حرمة متروك التسمية ناسياً.

(٩) قوله: "والحرج مدفوع" لقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم فى الدين فى الحرج﴾. (ع)

(١٠) قوله: "والسمع [جواب عن قول مالك. (ك) حاصله أن النص مؤول بالحمل على العامد. أعظمى] إلخ" وهو قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ ليس المراد منه العموم ظاهراً، ولهذا اختلفت الصحابة فى متروك التسمية ناسياً، ولم يحتج من قال بحرمته بالآية. (غن)

(١١) ظاهر.

(١٢) بين السلف.

(١٣) لأن ظاهر ما يدل عليه الألفاظ لا يدل على أهل اللسان. (ع)

(١٤) زمن الصحابة.

وهو[١] معذور لا يدل عليها فى حق العامد ولا عذر[٢]، وما رواه محمول على حالة النسيان[٣]. ثم التسمية فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح[٤]، وهو على المذبوح، وفى الصيد تشترط عند الإرسال والرمى، وهو على الآلة؛ لأن المقدور له فى الأول[٥] الذبح، وفى الثانى[٦] الرمى، والإرسال دون الإصابة[٧]، فيشترط[٨] عند فعل يقدر عليه، حتى إذا أضجع شاة، وسمى فذبح غيرها[٩] بتلك التسمية لا يجوز[١٠]، ولو رمى إلى صيد، وسمى وأصاب غيره حل[١١]، وكذا فى الإرسال، ولو أضجع شاة وسمى، ثم رمى بالشفرة[١٢]، وذبح[١٣] بأخرى أكل[١٤]، ولو سمى على سهم، ثم رمى بغيره صيداً لا يؤكل[١٥].

قال[١٦]: ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئًا غيره، وأن يقول عند الذبح: اللهم تقبل من فلان، وهذه ثلاث مسائل: إحداها: أن يذكر موصولا لا معطوفًا فيكره[١٧]، ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال[١٨].

---

(١٥) قوله: "والإقامة [أى إقامة الملة] فى حق الناسى إلخ" جواب عن تنزل الشافعى بقوله: ولو كانت شرطًا إلخ. (مل)

(١) الواو حالية.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "وما رواه محمول" أى الشافعى، وهو قوله صلى الله عليه السلام: «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمّى أو لم يسمّ». (ك)

(٤) قوله: "تشترط عند الذبح إلخ" والمعتبر أن يقع الذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس، حتى إذا سمى، ثم اشتغل بعمل آخر من كلام قليل، أو شرب، أو شرب ماء، أو أكل لقمة، أو تحديد شفرة، ثم ذبح يحل، وإن كان كثيراً لا؛ لأن إيقاع الذبح بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن إلا بحرج عظيم، فأقيم المجلس مقام الاتصال، فالعمل القليل لا يقطع المجلس، والكثير يقطع. (زيلعى)

(٥) ذكاة الاختيار.

(٦) أى الصيد.

(٧) إلى الصيد.

(٨) تسمية.

(٩) شاة.

(١٠) لفقد التسمية على المذبوح.

(١١) لوجود التسمية على الآلة.

(١٢) كارد. (م)

(١٣) أى ذبح تلك الشاة بشفرة أخرى.

(١٤) لوجود التسمية على المذبوح.

(١٥) لفقد الآلة التى سمى عليها.

(١٦) لم يوجد فى النسخة الصحيحة لفظة قال، وهى من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

ونظيره أن يقول: بسم الله، محمدٌ رسول الله[١]؛ لأن الشركة لم توجد، فلم يكن الذبح واقعًا له[٢]، إلا أنه يكره لوجود القرآن صورة[٣]، فيتصور بصورة المحرم.

والثانية: أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة، بأن يقول: بسم الله واسم فلان، أو يقول: بسم الله وفلان، أو بسم الله ومحمد رسول الله -بكسر الدال-[٤]، فتحرم الذبيحة؛ لأنه أهل به لغير الله[٥].

والثالثة: أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى، بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده[٦]، وهذا لا بأس به؛ لما روى عن النبي ﷺ[٧] أنه قال: بعد الذبح «اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ»*.

والشرط هو الذكر الخالص المجرد[٨] على ما قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه[٩]: جردوا التسمية، حتى لو قال[١٠] عند الذبح: اللهم اغفر لي، لا يحل؛ لأنه

---

(١٧) قوله: "فيكره [هذا الذكر]" قال العيني: أي فيكره هذا الفعل ولا تحرم الذبيحة، وما في بعض شروح "الهداية" من أن هذا الكلام من التنازع، فالأعمال للثاني، والإضمار للأول عجيب جداً. (سقاية لعطشان الهداية، من تصانيف مولانا محمد عبد الحليم، أدخله الله دار النعيم.)

(١٨) أي محمد في الكتاب. (سقاية)

(١) قوله: "محمدٌ [بالرفع] رسول الله" إن قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل، وقال بعضهم: إذا كان يعرف النحو. (زيلعي)

(٢) أي لغير الله.

(٣) قوله: لوجود القرآن صورة" ومن هذا النوع أن يقول: اللهم تقبل من فلان؛ لأن الشركة لم توجد، ولم يكن الذبح واقعًا عليه؛ إلا أنه يكره؛ لما ذكرنا. (زيلعي)

(٤) قوله: "بكسر الدال" وإن رفعه يحل؛ لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبه اختلفوا فيه، وعلى هذا القياس لو سمى آخر مع اسم الله تعالى. (ك)

(٥) قوله: "لأنه أهل به إلخ" أهل المعتمر أي رفع صوته بالتلبية، وما أهل به لغير الله أي نودي عليه بغير اسم الله. (ديوان)

(٦) أي بعد أن يضجع الذبيحة.

(٧) قوله: "لما روى" أخرجه الحاكم في "المستدرك" عن أبي رافع، أن رسول الله ﷺ كان إذا ضحى اشترى كبشين أملحين أقرنين، فإذا خطب وصلى ذبح أحد الكبشين بنفسه بالمدية، ثم يقول: «اللهم هذا عن أمتي جميعًا من شهد لك بالتوحيد، وشهد لي بالبلاغ، ثم أتى بآخر فذبحه وقال: اللهم هذا عن محمد وآل محمد، ثم يطعمهما المساكين، ويأكل هو وأهله منهما. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٤، والدراية ج٢، الحديث٩٠٢ ص٢٠٦. (نعيم)

(٨) عن دعاءه وغرضه.

(٩) قلت: غريب.

دعاء وسؤال، ولو قال: الحمد لله، أو سبحان الله، يريد التسمية[١] حل، ولو عطس عند الذبح، فقال: الحمد لله، لا يحل في أصح الروايتين؛ لأنه يريد به الحمد لله على نعمة، دون التسمية[٢]، وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله: بسم الله والله أكبر[٣]، منقول عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما[٤] في قوله تعالى[٥]: ﴿فاذكروا[٦] اسم الله عليها صواف[٧]﴾.

قال[٨]: والذبح[٩] بين الحلق واللبة، وفي "الجامع الصغير"[١٠]: لا بأس بالذبح في الحلق كله، وسطه وأعلاه وأسفله.

والأصل فيه قوله عليه السلام[١١]: «الذكاة ما بين اللبة واللحيين[١٢]»[١٣]*،

---

(١٠) بدل بسم الله، إشارة إلى أنه لو قدمه، أو أخره لا بأس به. (ع)

(١) قوله: "التسمية" أي ذكر الله في افتتاح الفعل.

(٢) قوله: "دون التسمية" بخلاف الخطبة حيث يجوز عنها؛ لأن المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا؛ لقوله تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾. (زيلعي)

(٣) قوله: "وهو قوله بسم الله والله أكبر" وذكر الحلواني المستحب بلا واو، وبالواو يكره؛ لأنه يقطع فور التسمية. (زيلعي)

(٤) قوله: منقول عن ابن عباس [رواه الحاكم في "المستدرك" عن ابن عباس. ت] إلخ" ولقد حجر المصنف على نفسه، ففيه حديث مرفوع أخرجه الأئمة الستة في كتبهم في الضحايا عن قتادة عن أنس، أن النبي ﷺ كان يضحي بكبشين أملحين أقرنين يذبحهما بيده، ويسمي ويكبر ويضع رجله على صفاحهما.

وفي لفظ لمسلم والبخاري ويقول: بسم الله والله أكبر -انتهى- إلا أن يكون أراد الاستدلال بالقرآن مفسّراً بقول صحابي، فيكون حسناً. (ت)

(٥) أي في تفسير قوله تعالى.

(٦) عند نحرها. (جلالين)

(٧) قوله: "صواف [أي قائمة على ثلث معقولة اليد اليسرى. جلالين]" أي قياما على ثلث قوائم، قد صفت رجليها ويدها اليمنى وأخرى معقولة فينحرها، وهذا على سبيل الندب، ويجوز نحرها وذبحها مضجعة على جنبها كالبقر. (حاشية جمل بر جلالين)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي موضع الذكاة ما بين إلخ.

(١٠) قوله: "وفي الجامع الصغير [إنما أعاد لفظ الجامع الصغير؛ لأن فيه بيان أن محل الذبح الحلق، وليس ذلك في قوله: الذبح بين الحلق واللبة. ك] إلخ" أتى بلفظ الجامع الصغير؛ لأن فيه بياناً ليس في رواية القدوري، وذلك لأن في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة، وليس بينهما مذبح غيرهما، فيحمل على ما يدل عليه لفظ "الجامع الصغير". (ع)

(١١) قوله: "والأصل [دليل] فيه إلخ" بين روايتي "المبسوط" و"الجامع الصغير" اختلاف من حيث الظاهر؛ لأن رواية "المبسوط" تقتضي الحل فيما إذا وقع الذبح فوق العقدة قبل الحلق؛ لأنه وإن كان قبل العقدة، فهو بين اللبة واللحيين فيحل. ورواية "الجامع الصغير" تقتضي أن لا يحل؛ لأن على روايته محل الذبح الحلق، فلما وقع الذبح قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز، فكانت رواية "الجامع الصغير" مقيدة لإطلاق رواية "المبسوط"، فكان المراد من

ولأنه[١] مجمع المجرى والعروق[٢]، فيحصل بالفعل فيه إنهار[٣] الدم على أبلغ الوجوه، فكان حكم الكل سواء[٤].

قال: والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة، الحلقوم[٥]، والمرىء[٦]، والودجان[٧]؛ لقوله عليه السلام[٨]: «أفر[٩] الأوداج بما شئت»*، وهي اسم جمع[١٠]، وأقله الثلاث[١١] فيتناول[١٢] المرىء والودجين[١٣]، وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرىء؛ إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة[١٤] إلا بقطع الحلقوم، فيثبت قطع الحلقوم[١٥] باقتضاءه، وبظاهر ما ذكرنا[١٦] يحتج مالك، ولا يجوز الأكثر

إطلاق رواية "المبسوط"، بأن الذكاة ما بين اللبة واللحيين المقيد، وهو أن تقع الذكاة في الحلق بعد أن تكون ما بين اللبة واللحيين. وقد صرح في ذبائح "الذخيرة" بأن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها؛ لأنه ذبح في غير المذبح؛ لأن المذبح هو الحلقوم. (ن)

(١٢) رأس الصدر الذقن. (غن)

(١٣) قلت: غريب بهذا اللفظ، ورواية "المبسوط" على ظاهر هذا القول.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٥، والدراية ج٢، الحديث٩٠٣ ص٢٠٧. (نعيم)

(١) حلق.

(٢) أي مجمع المجرى أي مجرى الطعام ومجرى النفس.

(٣) روان كردن آب وجز آن. (م)

(٤) أي الأعلى والأسفل والوسط.

(٥) ناى گلو.

(٦) بالهمزة.

(٧) دو شه رگ.

(٨) قلت: غريب. (ت)

(٩) الفرى القطع للاصلاح، والإفراء الإفساد، وهو ههنا أليق. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٥، والدراية ج٢، الحديث٩٠٤ ص٢٠٧. (نعيم)

(١٠) قوله: "وهي اسم جمع" فإن قلت: الأوداج جمع، وليس باسم جمع وبينهما فرق، كما عرف في موضعه، قلت: المراد بالاسم مفهومه اللغوي، أي لفظ جمع ولا يريد به نحو القوم والرهط. (عيني)

(١١) قوله: "وأقله الثلث" فإن قيل: الجمع المحلى بالألف واللام يصير للجنس، ويلغو فيه معنى الجمع، كقوله تعالى: ﴿لا يحل لك النساء﴾، قلنا: إنما يصار إلى الجنس إذا لم يكن ثمة معهود، وههنا العروق التي يرد عليها الذبح معهودة معلومة، فلا يصار إلى الجنس، ولا يلغو صيغة الجمع. (ك)

(١٢) منطوقًا.

(١٣) أي بطريق التغليب. (ك)

(١٤) مرىء وودجين.

(١٥) قوله: "فيثبت قطع إلخ" وإنما قال أن النص يتناول المرىء من حيث اللفظ والحلقوم بطريق الاقتضاء؛ لأن قطع مجرى النفس أبلغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف، وقد فسر المصنف المرىء بمجرى النفس.

منها[١]، بل يشترط قطع جميعها[٢].

وعندنا إن قطعها[٣] حل الأكل، وإن قطع أكثرها، فكذلك[٤] عند أبي حنيفة.

وقالا: لا بد من قطع الحلقوم والمرئى وأحد الودجين، قال رضى الله تعالى عنه[٥]: هكذا ذكر القدورى الاختلا ف فى "مختصره".

والمشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله تعالى أن هذا قول أبى يوسف وحده[٦]، وقال[٧] فى "الجامع الصغير": وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل، وإن قطع الأكثر من الأوداج[٨]، والحلقوم قبل أن يموت أكل، ولم يحك[٩] خلافًا، فاختلفت الرواية فيه[١٠].

والحاصل أن عند أبى حنيفة إذا قطع الثلاث أى ثلاث كان يحل، وبه كان يقول أبو يوسف أولا، ثم رجع إلى ما ذكرنا[١١].

وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد، وهو رواية عن أبى حنيفة؛ لأن كل فرد منها[١٢] أصل بنفسه؛ لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر بفريه[١٣]، فيعتبر أكثر كل

واحتج الشافعى بأنه جمع الأوداج، وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به انزهاق الروح، وهو بقطع الحلقوم والمرىء؛ لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما، وهو ضعيف لفظًا ومعنى، أما لفظًا؛ فإن الأوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا، وأما معنى؛ فلأن المقصود إصالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجراه. (مل)

(١٦) قوله: "بظاهر [أى بظاهر دلالة اللفظ، وبما يقتضيه. ع] ما ذكرنا [حيث شرط قطع الكل. كافى]" أى بظاهرما ذكرنا من اشتراط قطع الأربعة الثابت بدلالة اللفظ يحتج مالك حيث لا يجوز الأكثر من الأربعة أى الثلاثة، بل يشترط قطع جميع الأربعة، كذا قال العينى فى "البناية"، وقال أبى وأستاذى نور الله مرقده فى "السقاية لعطشان الهداية": فما فى بعض الشروح، وبظاهر ما ذكرنا من الحديث، وهو قطع الثلاثة يحتج مالك، ولا يجوز الأكثر منها - انتهى - فشطط. (المولوى محمد عبد الحى).

(١) أربعة.

(٢) أى مالك.

(٣) أربع.

(٤) أى الثلث أى ثلث كان.

(٥) أى المصنف.

(٦) أى لا بد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين.

(٧) أى محمد.

(٨) أى الأكثر من كل ودج وحلقوم.

(٩) محمد.

(١٠) أى فى قطع الأكثر من الحلقوم والأوداج.

(١١) قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين. (حميدية)

(١٢) أربعة.

فرد[١] منها[٢]. ولأبي يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنهار[٣] الدم، فينوب أحدهما عن الآخر؛ إذ كل واحد منهما مجرى الدم، أما الحلقوم فيخالف المرىء، فإنه مجرى العلف والماء[٤]، والمرىء مجرى النفس[٥]، فلا بد من قطعهما[٦].

ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، وأي ثلاث قطعها، فقد قطع الأكثر منها[٧]، وما هو المقصود يحصل بها[٨]، وهو إنهار الدم المسفوح، والتوجيه[٩] في إخراج الروح؛ لأنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين، فيكتفى به[١٠] تحرزًا عن زيادة التعذيب، بخلاف ما إذا قطع النصف[١١]؛ لأن الأكثر باقٍ، فكأنه لم يقطع شيئًا احتياطًا[١٢] لجانب الحرمة.

قال[١٣]: ويجوز الذبح بالظفر[١٤] والسن والقرن[١٥] إذا كان[١٦] منزوعًا[١٧]،

---

(١٣) فرى -بالفتح- شگافتن چيزى. (م)

(١) فإن الأكثر يقوم مقام الكل.

(٢) أربعة.

(٣) إسالة.

(٤) قوله: "فإنه مجرى العلف [خورش ستور وجز آن. (ص) هذا ليس بجيد، والحق عكسه] والماء إلخ" قيل: هذا عكس، بل الحلقوم مجرى النفس، والمرىء مجرى العلف، وهكذا في "الإيضاح".
وذكر في "المغرب" المرىء مجرى الطعام والشراب، وذكر في "تاج الأسامي": المرىء: راه گذر آب. (ن)

(٥) دم.

(٦) وبهذا الدليل يخرج جواب مالك.

(٧) أربعة.

(٨) أي بالثلاث.

(٩) يقال: موت وحي وذكاة وحية أي سريعة، والقتل بالسيف أوحى أي أسرع، كذا في "المغرب".

(١٠) أي بالأكثر.

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا قطع إلخ" يريد به لما كان الرجحان لجانب التحريم، كان للنصف الباقي حكم الأكثر، ويحتمل أن يريد أن الأكثر من الثلث القائم مقام الأربع باقٍ؛ فإنه إذا ترك الإثنين غير مقطوع يكون الباقي أكثر ما شرط قطعه للحل، وهو الثلث.
فإن قيل: المقطوع أيضا أكثر ما شرط قطعه للحل، قلنا: اعتبار الأكثر في المتروك أولى من اعتبار الأكثر في المقطوع ترجيحا للمحرم، ويمكن أن يقال: المراد الأكثر من الواحد باق فيحرم؛ لأن المرخص ترك الواحد لا غير. (ك)

(١٢) قوله: "لم يقطع شيئًا احتياطًا [دليل لبقاء الأكثر] إلخ" هذا جواب عن النقض بمنع وجود العلة تقديرا، وتقرير النقض أنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس فقط مثلا، وقطع أحد الودجين مع أنه لا يحل، وتقرير الجواب: أن العلة لم توجد حكمًا احتياطًا لجانب الحرمة، مع وجود التعارض ظاهرًا بين نصف المقطوع وغير المقطوع، فرجحنا المحرم احتياطًا. (اعظمى)

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يكره هذا الذبح، وقال الشافعي: المذبوح ميتة؛ لقوله عليه السلام: «كل ما أنهر الدم[١] وأفرى[٢] الأوداج ما خلا الظفر والسن[٣] فإنها مُدى الحبشة[٤]»*، ولأنه[٥] فعل غير مشروع، فلا يكون ذكاة، كما إذا ذبح بغير المنزوع[٦]. ولنا قوله عليه السلام[٧]: «أنهر الدم بما شئت»[٨] ويروى: «أفر الأوداج بما شئت»[٩]**، وما رواه[١٠] محمول على غير المنزوع؛ فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك؛ ولأنه آلة جارحة[١١]، فيحصل به ما هو المقصود، وهو إخراج الدم، وصار[١٢] كالحجر والحديد، بخلاف[١٣] غير المنزوع[١٤]؛ لأنه يقتل بالثقل[١٥]،

---

(١٤) ناخن. (م)

(١٥) شاخ. (م)

(١٦) كل واحد.

(١٧) أي بر كنده از موضع خود. (ترجمه)

(١) قوله: "قوله عليه السلام كل [أي كل مذبوح ما أنهر إلخ] ما أنهر [أي الإنهار الإسالة] الدم إلخ" قلت: هو ملفق من حديثين، فروى الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون في المغازي، فلا تكون معنا مدى، فقال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة»، انتهى. والثاني: ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن رافع ابن خديج قال: سألت رسول الله ﷺ عن الذبح بالليطة فقال: «كل ما أفرى الأوداج إلا سناً أو ظفراً»، انتهى. (ت)

(٢) قوله: "وأفرى" الفرى القطع للإصلاح، والإفراء للإفساد بكسر الهمزة ههنا أليق. (ك)

(٣) استثناهما بالإطلاق عما يجوز أكله، فيتناول الحرمة المنزوع والقائم. (ع)

(٤) قوله: "فإنها مدى [جمع مدية وهو السكين. غن] الحبشة إلخ" فإنهم لا يقلمون الأظفار، ويحدون الأسنان، ويقاتلون بالخدش والعض. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٦، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠٥ ص٢٠٧. (نعيم)

(٥) الذبح بالظفر والسن والقرن.

(٦) فلا يحل اتفاقاً.

(٧) قوله: "ولنا قوله عليه السلام إلخ" وهو بإطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره، وإنما تركنا غير المنزوع، بما رواه الشافعي، فإن فيه دلالة على ذلك، وهو قوله عليه السلام «فإنها مدى الحبشة» وهذا معنى قوله: وما رواه إلخ. (ع)

(٨) رواه النسائي، كذا في التخريج.

(٩) قد مرت هذه الرواية.

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٧، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٠٥ ص٢٠٧. (نعيم)

(١٠) الشافعي.

(١١) قوله: "ولأنه [أي الظفر والسن والقرن] آلة إلخ" جواب عن الدليل المعقول للشافعي، وتقريره: إنا لا نسلم أن إنهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع، فإنه آلة إلخ. (ع)

(١٢) أي الظفر والسن والقرن.

(١٣) قوله: "بخلاف" أي بخلاف غير المنزوع؛ فإنه يوجب الموت بالثقل مع الحدة، فتصير الذبيحة في معنى

فيكون[١] في معنى المنخنقة[٢]، وإنما يكره[٣]؛ لأن فيه استعمال جزء الآدمي[٤]؛ ولأن فيه إعسارًا على الحيوان، وقد أمرنا فيه بالاحسان[٥].

قال[٦]: ويجوز الذبح بالليطة[٧] والمروة[٨] وكل شيء أنهر الدم[٩]، إلا السن القائم، والظفر القائم، فإن المذبوح بهما ميتة؛ لما بينا[١٠]، ونص محمد في "الجامع الصغير" على أنها ميتة؛ لأنه وجد فيه نصًا[١١]، وما لم يجد فيه نصًا يحتاط في ذلك، فيقول في الحل لا بأس به، وفي الحرمة يقول: يكره أو لم يؤكل.

قال[١٢]: ويستحب أن يحد الذابح شفرته[١٣]؛ لقوله عليه السلام[١٤]: «إن الله كتب الاحسان[١٥] على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة[١٦] وإذا ذبحتم فأحسنوا

المنخنقة. (على القارى)

(١٤) أي المتصلين بموضعهما. (مجمع الأنهر)

(١٥) قوله: "لأنه يقتل إلخ" أي لأنه قتل وتخنق وليس بذبح، ففي الذبح الانقطاع بحدة الآلة. (ن)

(١) المذبوح بغير المنزوع.

(٢) قوله: "المنخنقة" أي الميتة خنقًا، يقال: خنقه إذا عصر حلقه حتى يموت، ومطاوعه انخنق واختنق، كذا في "حاشية الجمل".

(٣) هذا الفعل.

(٤) وفيه إهانته.

(٥) وهو فيما قوله عليه السلام: «فإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة. (ن)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "بالليطة [ليطة پوست نى. ص] إلخ" الليطة قشر القصب، والمروة الحجر الذى فيه حدة، وفي "الجوهرة" المروة واحدة، وهي حجارة أبيض براقة، أقول: قد صححها بعض شراح الوقاية بكسر الميم ولم نجده في المعتبرات من اللغات، وقد أوردها صاحب الدستور في الميم المفتوحة، كذا قاله أخي زاده. (منح الغفار)

(٨) المروة حجر أبيض رقيق، وهي كالسكاكين يذبح بها. (مغرب)

(٩) أسال.

(١٠) إشارة إلى قوله: لأنه يقتل بالثقل، فيكون في معنى المنخنقة. (ع)

(١١) حديثًا.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) بالفتح كارد. (م)

(١٤) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" أخرجه الجماعة إلا البخاري عن شداد بن أوس عنه عليه السلام. (ت)

(١٥) أي أوجب عليكم. (على قارى)

(١٦) قوله: "القتلة [قتله قتلا والقتلة المرة، وبالكسر الهيئة والحالة. مغرب]" الذبحة والقتلة كلاهما بكسر الأول، وهي الهيئة والحالة، وفي "المغرب": "إذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة" خطأ، وإنما الصواب الذبحة، انتهى. فما في بعض الشروح من تفسير القتلة بالمقتول والذبحة بالمذبوح فسخيف، كذا أفاد أبي أستاذي رحمه الله تعالى في "السقاية". (مولانا محمد عبد الحي رحمه الله تعالى)

الذبحة[١]»*، وليحد أحدكم شفرته وليرح[٢] ذبيحته.

ويكره أن يضجعها[٣]، ثم يحد الشفرة؛ لما روى عن النبى عليه السلام[٤]: «أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات[٥] هلا حددتها[٦] قبل أن تضجعها»**.

قال: ومن بلغ بالسكين النخاع[٧]، أو قطع الرأس كره له ذلك، وتؤكل ذبيحته، وفى بعض النسخ[٨] قطع مكان بلغ، والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة.

أما الكراهة فلما روى عن النبى عليه السلام***: «أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت»[٩]، وتفسيره ما ذكرناه[١٠]، وقيل: معناه أن يمد رأسه[١١] حتى يظهر مذبحه. وقيل: أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب، وكل ذلك[١٢] مكروه، وهذا لأن فى جميع ذلك، وفى قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة، وهو

---

(١) قوله: وإذا ذبحتم فأحسنوا النبيحة خطأ، إنما الصواب الذبحة؛ لأن المراد الحال والهيئة. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٧، والدراية ج٢، الحديث٩٠٦ ص٢٠٧. (نعيم)

(٢) إراحة: آسايش دادن. (م)

(٣) إضجاع: بر پهلو خوابانيدن.

(٤) رواه الحاكم فى "المستدرك"، كذا فى "التخريج" للزيلعى.

(٥) قوله: "لقد أردت [كأن الشاة تموت إذا رأت تحديد الذابح شفرته مرة وبالذبح مرة أخرى] أن تميتها إلخ" قيل: إنما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح، أن التحديد لذبحه، وليس كذلك؛ لأن المذبوح لا عقل له، وهو مع كونه سوء أدب ساقط؛ لأن الوهم فى ذلك كاف، وهو موجود فيه، والعقل يحتاج إليه لمعرفة الكليات، وما نحن فيه ليس كذلك. (ع)

قوله: "لقد أردت إلخ" ذكر فى "المبسوط" فى هذه المسألة: أنها تعرف ما يراد بها، كما جاء فى الخبر أبهمت البهائم إلا عن أربعة، خالقها ورازقها وحتفها وفسادها، فإذا كانت تعرف ذلك، وهو يحد الشفرة بين يديها، كان فيه زيادة إيلام غير محتاج إليه. (ك)

(٦) حد السكين: تيز كرد كارد را بسنگ يا بسوهان. (عن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٨، والدراية ج٢، الحديث٩٠٧ ص٢٠٧. (نعيم)

(٧) قوله: "النخاع [حرام مغز]" بالكسر والفتح والضم لغةٌ فيه، وفسره المصنف بأنه عرق أبيض فى عظم الرقبة ونسبه صاحب "النهاية" إلى السهو، وقال: هو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب، ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق، وهى شرايين وأوتار، وما ثمة شىء يسمى بالخيط أصلا. (عناية)

(٨) أى نسخ القدورى. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٨، والدراية ج٢، الحديث٩٠٨ ص٢٠٨. (نعيم)

(٩) قلت: غريب، وبمعناه روى الطبرانى فى "معجمه". (ت)

(١٠) أى بلوغ السكين إلى النخاع.

(١١) مذبوح.

(١٢) أى المد والكسر والنخع والقطع.

منهى عنه[١]* . والحاصل أن ما فيه زيادة إيلام لا يحتاج إليه فى الذكاة مكروه، ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح[٢]، وأن تنخع[٣] الشاة قبل أن تبرد يعنى تسكن من الاضطراب وبعده[٤] لا ألم، فلا يكره النخع والسلخ[٥]، إلا أن الكراهة[٦] لمعنى زائد، وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده، فلا يوجب التحريم، فلهذا قال[٧]: تؤكل ذبيحته.

قال[٨]: وإن ذبح الشاة من قفاها[٩]، فبقيت حية حتى قطع العروق[١٠] حل؛ لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره[١١]؛ لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة، فصار كما إذا جرحها، ثم قطع الأوداج، وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل؛ لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها.

قال[١٢]: وما استأنس من[١٣] الصيد فذكاته الذبح، وما توحش من النعم[١٤] فذكاته العقر[١٥] والجرح؛ لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر[١٦]، والعجز متحقق فى الوجه الثانى[١٧] دون الأول[١٨].

---

(١) بلسان النبى ﷺ.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٩، والدراية ج٢ تحت الحديث٩٠٨ ص٢٠٨. (نعيم)

(٢) قوله: "ويكره أن يجر إلخ" وكذا لو ذبحها موجهًا لغير القبلة يكره ويؤكل؛ لأن السنة أن يستقبل القبلة. (ت)

(٣) أى يكسر عنقها.

(٤) سكون.

(٥) پوست باز كردن.

(٦) قوله: "إلا أن الكراهة" أى كراهة هذا الفعل، أى حرمته لمعنى زائد أى عارض، فلا يوجب هذا التحريم تحريم المذبوح، ولو قال: "إلا أن النهى لمعنى فى غيره" لكان أظهر. (غطمى)

(٧) القدورى.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قفا كعصا: پس سر وپس گردن. (من)

(١٠) كلها أو أكثرها.

(١١) قوله: "ويكره" أى يكره هذا الذبح؛ لأن فيه زيادة الألم، وما فى بعض الشروح: "ويكره أكلها" فسخطط؛ لأنه لا ينطبق عليه الدليل. (سقاية)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) بيان ما.

(١٤) بيان ما.

(١٥) عقره عقرًا جرحه، وعقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها. (مغرب)

(١٦) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما ذكر فى أول الذبائح، وهو قوله: "والثانى كالبدل من الأول". (غاية البيان)

وكذا ما تردّى[١] من النعم في بئر ووقع العَجز عن ذكاة الاختيار؛ لما بينا[٢]، وقال مالك: لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين[٣]؛ لأن ذلك نادر[٤].

ونحن نقول: المعتبر حقيقة العجز، وقد تحقق[٥]، فيصار إلى البدل[٦]، كيف؟ وإنا لا نسلم الندرة[٧]، بل هو غالب، وفي الكتاب[٨] أطلق فيما توحش من النعم.

وعن محمد: أن الشاة إذا ندت[٩] في الصحراء فذكاتها العقر، وإن ندت في المصر لا تحل بالعقر؛ لأنها لا تدفع عن نفسها، فيمكن أخذها في المصر فلا عجز.

والمصر وغيره سواء في البقر والبعير؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما[١٠]، فلا يقدر[١١] عن أخذهما وإن نَدّا[١٢] في المصر فيتحقق العجز، والصيال[١٣] كالند إذا كان لا يقدر على أخذه، حتى لو قتله المصول عليه وهو[١٤] يريد الذكاة حل أكله.

قال[١٥]: والمستحب[١٦] في الإبل النحر[١٧]، فإن ذبحها جاز ويكره، والمستحب

---

(١٧) أي ما توحش من النعم.

(١٨) أي ما استأنس من الصيد.

(١) أي سقط. (غن)

(٢) قوله: "لما بينا" من أن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز. (ك)

(٣) أي فيما توحش من النعم وفيما تردى في بير. (ك)

(٤) ولا عبرة للنادر في الأحكام. (كافي)

(٥) العجز.

(٦) أي ذكاة الاضطرار.

(٧) أي ندرة التوحش والتردى.

(٨) أي القدورى. (ك)

(٩) هربت، الند: راه يافتن ستور پراگنده.

(١٠) قوله: "لأنهما يدفعان عن أنفسهما" لأن البقر يدفع بقرنه والبعير بشفره ونابه، ويخاف القتل منهما، فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما. (عيني)

(١١) أحد.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) بالكسر: بر يک ديگر حمله كردن. (م)

(١٤) الواو حالية، أي المصول عليه.

(١٥) أي القدورى. (عيني)

(١٦) ويسن. (كنز)

(١٧) قوله: "النحر [النحر قطع العروق عند الصدر، والذبح قطعها تحت اللحيين. ع]" أي قطع عروقها الكائنة في أسفل عنقها عند صدورها؛ لأن موضع النحر عنها لا لحم عليه، وما سوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ، فالنحر أسفل من الذبح. (مجمع الأنهر)

فى البقر والغنم الذبح، فإن نحرهما جاز ويكره[١]، أما الاستحباب فيه؛ لموافقة السنة المتوارثة[٢]؛ ولاجتماع العروق[٣] فيها[٤] فى المنحر، وفيهما[٥] فى الذبح، والكراهة لمخالفة السنة، وهى لمعنى فى غيره[٦]، فلا يمنع الجواز والحل، خلافًا لما يقوله مالك: إنه لا يحل.

قال[٧]: ومن نحر ناقةً، أو ذبح بقرةً، فوجد فى بطنها جنينًا ميتًا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر[٨]، وهذا عند أبى حنيفة، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى[٩]: إذا تم خلقته أكل[١٠]، وهو قول الشافعى؛ لقوله عليه السلام[١١]: «ذكاة الجنين[١٢] ذكاة أمه[١٣]»*، ولأنه جزء من الأم حقيقةً؛ لأنه يتصل بها[١٤] حتى يفصل[١٥] بالمقراض، ويتغذى

---

(١) أى فعله، لا المذبوح. (عينى)

(٢) قوله: "لموافقة السنة المتوارثة" قال الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾، و ﴿فديناه بذبح عظيم﴾، و ﴿فصل لربك وانحر﴾ فى التفسير أى وأنحر الجزور. (زيلعى)

(٣) قوله: "ولاجتماع إلخ" أى لأن موضع النحر من البقر ما لا لحم عليه، وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ وعروقها مجتمع فى المنحر، فكان فى الإبل أسهل، فأما فى البقر والغنم، فالذبح أيسر؛ لاجتماع العروق فى المذبح. (كافى)

(٤) إبل.

(٥) بقر وغنم.

(٦) أى فى غير الذبح، وهو ترك السنة. (ع)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) مو برآوردن عضو. (م) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان. (ع)

(٩) قوله: "وقال أبو يوسف ومحمد إلخ" وفى "المبسوط": قال أبو يوسف ومحمد والشافعى: يؤكل، إلا أنه روى عن محمد إنما يؤكل إذا أشعر وتمت خلقته. (ن)

(١٠) وإن لم يتم خلقته لا يؤكل. (ك)

(١١) أخرجه الترمذى عن الخدرى. (ت)

(١٢) قوله: "ذكاة الجنين إلخ" أى ذكاة الأم نائبة عن ذكاة الجنين، كما يقال: لسان الوزير لسان الأمير، وبيع الوصى بيع اليتيم. (ك)

(١٣) قوله: "ذكاة أمه" والجواب عن هذا الحديث أنه لا يصح الاستدلال به، فإنه روى ذكاة أمه بالنصب والرفع، فإن كان منصوبا، فلا إشكال؛ فإنه للتشبيه، وإن كان مرفوعا فكذلك؛ لأنه أقوى من التشبيه من الأول، عرف ذلك فى علم البيان، وقيل: مما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين، كما فى قوله: وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق منك دقيق. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٩، والدراية ج٢، الحديث٩٠٩ ص٢٠٨. (نعيم)

(١٤) أم.

(١٥) وقت التوالد. من أمه بقطع سرته.

بغذاءها[١]، ويتنفس بتنفسها[٢]، وكذا حكمًا حتى يدخل فى البيع الوارد على الأم، ويعتق بإعتاقها[٣]، وإذا كان جزءً منها، فالجرح فى الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته، كما فى الصيد[٤].

وله أنه أصل فى الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها[٥]، وعند ذلك يفرد بالذكاة، ولهذا يفرد[٦] بإيجاب الغُرة[٧]، ويعتق بإعتاق مضاف إليه، وتصح الوصية له وبه، وهو حيوان دموى، وما هو المقصود من الذكاة، وهو التميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم؛ إذ هو[٨] ليس بسبب لخروج الدم عنه، فلا يجعل تبعًا فى حقه[٩].

بخلاف الجرح فى الصيد؛ لأنه سبب لخروجه[١٠] ناقصًا، فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر، وإنما يدخل فى البيع[١١] تحريًا لجوازه[١٢] كى لا يفسد[١٣] باستثناءه، ويعتق بإعتاقها[١٤]؛ كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق.

---

(١) أم.

(٢) أم.

(٣) أم.

(٤) قوله: "كما فى الصيد" فإنه إذا لم يوجد القدرة على ذكاة الاختيار، اكتفى بذكاة الاضطرار، وهى الجرح فى أى موضع كان. (عينى)

(٥) أم.

(٦) قوله: "يفرد" يعنى إذا تلفت الأم وفات الجنين من ذلك، يضمن التالف دية الأم وغرة الجنين، ولو كان جزء الأم لكان بمنزلة اليد والرجل، ولا يجب فى هذه الأعضاء شيء بعد إيجاب الدية. (عينى)

(٧) أى عبد أو أمة قيمته خمسمأة درهم، كما نطق به الحديث، وسيجيء فى الجنايات.

(٨) أى جرح الأم.

(٩) لأنه لا يحصل المقصود بذكاة أمه، وهو إخراج دمه. (زيلعى)

(١٠) دم.

(١١) الوارد على الأم.

(١٢) بيع.

(١٣) قوله: "كى لا يفسد[البيع]" فإنه لو لم يدخل فى بيع الأم، كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الأم وإنه مفسد بيع الأم، فيدخل الولد فى بيع الأم، تحريًا لجواز بيع الأم. (ك)

(١٤) قوله: "ويعتق باعتقها[أم]" أى أن عتقه عند اعتاق الأم بطريق السراية عن الأم، والسراية مخصوصة بالصفات الشرعية، وكونه مذكى من الصفات الحقيقة وقائم مقام ذكاة الاختيار ما هو خلف عنه، وهو ما يفيد مقصودها بوصف المقصود عنها فى افادته، وهو الجرح المدمى. ولهذا لو أصاب السهم الظلف أو القرن، فمات لا يحل؛ لعدم الجرح، وأما قولهم: أنه يتغذى بغذاء الأم، قلنا: لا نسلم، بل يبقيه الله تعالى فى بطن الأم من غير غذاء، أو يوصل الله تعالى الغذاء إليه كيف شاء. (ك)

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل(١)

قال(٢): ولا يجوز أكل ذى ناب(٣) من السباع، ولا ذى مخلب(٤) من الطيور؛ لأن النبى عليه السلام(٥): «نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع»*، وقوله: من السباع ذكر عقيب النوعين(٦)، فينصرف إليهما(٧)، فيتناول سباع الطيور والبهائم، لا كل ما له مخلب، أو ناب(٨).

والسبع(٩) كل مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ عادة(١٠) ومعنَى التحريم -والله أعلم- كرامة بنى آدم؛ كيلا يَعدو شىء(١١) من هذه الأوصاف الذميمة إليهم

(١) قوله: "فصل إلخ" لما ذكر أحكام الذبائح وما يتعلق بها، ذكر فى هذا الفصل المأكول منها وغير المأكول؛ إذا المقصود الأصلى من شرعية الذبح هو التوسل إلى الأكل، وقدم الذبائح؛ لأنه ذكر فى "المبسوط": أن شرط حل التناول فيما يحل من الحيوانات الذكاة؛ لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ فالشرط يقدم على المشروط. (ن)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) الناب من الأسنان ما يلى الرباعيات. (ك)

(٤) بالكسر چنگال مرغ. (م) المخلب للطير كالظفر للإنسان. (ك)

(٥) قوله: "لأن النبى عليه السلام إلخ" أخرج مسلم عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السبع وعن كل ذى مخلب من الطير» انتهى (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٢، والدراية ج٢، الحديث ٩٦٠ ص٢٠٩. (نعيم)

(٦) أى ذى مخلب وذى ناب.

(٧) قوله: "فينصرف إليهما" أى إلى النوعين المذكورين فى الحديث، لا إلى أحدهما، وإذا انصرف إليهما صار تقرير الحديث كأنه قال: «نهى عن أكل كل ذى مخلب من سباع الطير ونهى عن أكل كل ذى ناب من السباع»، فيكون المحرم بهذا الحديث كل ذى مخلب من سباع الطير، لا كل طير له مخلب، وكل ذى ناب من السباع، لا كل حيوان له ناب. (غاية البيان)

(٨) قوله: "لا كل ما له مخلب إلخ" فالحمامة لها مخلب، والبعير له ناب، والبقر كذلك، وقالوا: المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما، بأن يصيد بهما، فذو الناب من السباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البرى والأهلى، وذو المخلب من الطير الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين.

والمؤثر فى الحرمة الإيذاء، فهو طوراً يكون بالناب، وتارة يكون بالمخلب أو الخبث، وهو قد يكون خلقة كما فى الحشرات والهوام، وقد يكون بعارض كما فى الجلالة. (ك)

(٩) قوله: "والسبع كل مختطف إلخ" إنما عد هذه الأوصاف ليبتنى عليها قوله: كيلا يعدوا شىء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم، ولما كان اسم السبع شاملا على القبيلتين، فسر السبع بالوصفين، أى الاختطاف والانتهاب. (مل)

(١٠) قوله: "كل مختطف [اختطاف: ربودن. م] منتهب [انتهاب: غارت كردن] جارح قاتل عاد عادة [من عدا عليه عدوانًا. ع] إلخ" الفرق بين الاختطاف والانتهاب، أن الاختطاف من فعل الطيور، والانتهاب من فعل سباع البهائم، قال فى "المبسوط": فالمراد بذى الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب، ومن ذى النهبة ما ينهب بنابه من الأرض، كالأسد والذئب. (ع)

(١١) قوله: "كيلا يعدو [عدو -بالفتح- دويدن. م] شىء إلخ" لما أن للغذاء من الأثر فى ذلك، قال عليه الصلا

بالأكل(١)، ويدخل فيه الضبع والثعلب(٢)، فيكون الحديث حجة على الشافعي في إباحتهما(٣)، والفيل ذو ناب فيكره، واليربوع(٤) وابن عرس(٥) من السباع الهوام(٦)، وكرهوا أكل الرَّخم والبغاث(٧)، لأنهما يأكلان الجيف(٨).

قال(٩): ولا بأس بغراب الزراع؛ لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف، وليس من سباع الطير، قال: ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف(١٠)، وكذا الغداف(١١)، قال أبو حنيفة: لا بأس(١٢) بأكل العقعق(١٣)؛ لأنه يخلط(١٤)، فأشبه الدجاجة(١٥)، وعن أبي يوسف: أنه يكره؛ لأنه غالب أكله الجيف.

والسلام: ولا يرضع لكم الحمقاء، فإن اللبن يغذي. (ك)

(١) أي بسبب الأكل.

(٢) قوله: "ويدخل فيه [أي في السبع] الضبع [بفارسي كفتار. مخزن] والثعلب [روباه]" لأن لهما نابًا يقاتلان بنابه، فلا يؤكل لحمهما كالذئب. (ك)

(٣) قوله: "فيكون الحديث حجة إلخ" وما روي أنه عليه السلام أباح أكلها محمول على الابتداء. (ت)

(٤) موش دشتي.

(٥) راسو.

(٦) من السباع الهوامّ [بالتشديد. غن] إلخ" هي جمع هامة، وهي الدابة من دواب الأرض. (غن)

(٧) قوله: "وكرهوا أكل الرخم [ويسمى الرخمة آكل العظم. غرر الأفكار] والبغاث [مرغى است تيره رنگ] إلخ" الرخم جمع رخمة، وهي طائر أبلق، يشبه النسر في الخلقة، يقال له: الأنوق، والبغاث ما يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها، الواحدة بغاثة، وفي أوله الحركات الثلث. (ك)

(٨) جيفة -بالكسر- مردار بوگرفته. (م)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "الأبقع [أبقع جانور سياه وسفيد، وغراب أبقع زاغ بيشه. م] إلخ" أما الغراب الأبقع والأسود، فهو أنواع ثلاثة نوع: يلتقط الحب ولا يأكل الجيف، وليس بمكروه، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف، وهو الذي سماه المصنف الأبقع الذي يأكل الجيف، وأنه مكروه، ونوع منه يخلط بأكل الحب مرةً والجيف أخرى، ولم يذكره في الكتاب، وهو غير مكروه عند أبي حنيفة، ومكروه عند أبي يوسف. (ع)

(١١) قوله: "وكذا الغداف [كغراب زاغ سياه. من] هو غراب القيظ، ويكون ضخمًا وافي الجناحين، والفاختة تؤكل، وكذلك الدبسي بضم الدال، وكذلك الخطاف، وأما الخفاش فقد ذكر في بعض المواضع أنه يؤكل، وقد ذكر في بعضها أنه لا يؤكل؛ لأنه له نابا. (ن)

قوله: "وكذا الغداف" وربما سموا النسر الكثير الريش غدافًا، وقال ابن فارس الغداف الغراب الضخم. (حياة الحيوان)

(١٢) وهو الأصح. (ع)

(١٣) قوله: "العقعق [عكه]" وزان جعفر طائر نحو الحمامة طويل الذنب، فيه بياض وسواد، وهو نوع من الغربان، يتشاءم به ويعقعق بصوت يشبه العين العين والقاف. (رد المحتار)

(١٤) الجيف بالحب في الأكل.

(١٥) وقد أكلها رسول الله ﷺ، كذا في "النهاية".

قال[١]: ويكره أكل الضبع والضب[٢] والسلحفاة[٣] والزنبور والحشرات[٤] كلها، أما الضبع فلما ذكرنا[٥]، وأما الضب* فلأن النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله تعالى عنها حين سألته عن أكله[٦]، وهو حجة على الشافعي[٧] في إباحته، والزنبور من المؤذيات، والسلحفاة من خبائث الحشرات، ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء، وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب؛ لأنه[٨] منها[٩].

قال[١٠]: ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال[١١]؛ لما روى خالد ابن الوليد رضي الله تعالى عنه[١٢]: «أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير»**، وعن علي رضي الله تعالى عنه[١٣]: «أن النبي عليه السلام أهدر[١٤] المتعة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر»***.

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بفارسي سوسمار، وبهندي گوه. (مخزن)

(٣) سنگ پشت، وبهندي كچهوا. (مخزن)

(٤) صغار دواب الأرض.

(٥) وهو قوله: ويدخل فيه الضبع وهو ذو ناب. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٩١١ ص٢٠٩. (نعيم)

(٦) قوله: "نهى عائشة إلخ" قلت: غريب، وأخرج أبو داود في الأطعمة أن رسول الله ﷺ «نهى عن أكل لحم الضب»، انتهى. (ت)

(٧) قوله: "وهو [حديث] حجة على الشافعي" فإن قيل: يعارضه حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ سئل عن الضب، فقال: «لم يكن من طعام قومي، فأجد نفسي تعافه، فلا أحله ولا أحرمه»، وحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: أكل الضب على مائدة رسول الله ﷺ، وفي الآكلين أبو بكر رضي الله تعالى عنه. وأجيب بأن الأصل أن الحاظر والمبيح إذا تعارضا، يرجح الحاظر على المبيح، أو مؤول بما قبل التحريم. (ع)

(٨) ضب.

(٩) أي من الحشرات.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) خچرها.

(١٢) أخرجه ابن ماجة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٩١٢ ص٢١٠. (نعيم)

(١٣) قوله: "وعن علي رضي الله تعالى عنه إلخ" قلت: أخرجه البخاري ومسلم عن علي ابن أبي طالب رضي الله تعالى عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الإنسية». (ت)

(١٤) أبطل.

*** راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٧، والدراية ج٢، الحديث ٩١٣ ص٢١٠. (نعيم)

قال[١]: ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رح، وهو قول مالك، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى: لا بأس بأكله؛ لحديث جابر رضي الله تعالى عنه[٢] أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأذن[٣] في لحوم الخيل يوم خيبر»*.

ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿والخيل[٤] والبغال والحمير لتركبوها وزينة[٥]﴾ خرج مخرج الامتنان[٦]، والأكل من أعلى منافعها، والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم[٧]، ويمتن بأدناها[٨]؛ ولأنه[٩] آلة إرهاب[١٠] العدوّ، فيكره أكله احترامًا له، ولهذا يضرب[١١] له بسهم في الغنيمة[١٢]؛ ولأن في إباحته تقليل آلة الجهاد.

وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله تعالى عنه[١٣]، والترجيح للمحرم. ثم قيل: الكراهة عنده كراهة تحريم، وقيل: كراهة تنزيه، والأول[١٤]

---

(١) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٢) قلت: أخرجه البخاري في غزوة خيبر. (ت)

(٣) تأذين: دستوري دادن كسى را بكارى. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٨، والدراية ج٢، الحديث ٩١٤ ص٢١١. (نعيم)

(٤) أي خلق الخيل الآية.

(٥) أي لتتزينوا بها زينة. (بيضاوي)

(٦) قوله: "خرج [هذا القول] إلخ" يعني أن هذه الآية سيقت لبيان المنة، وقد من علينا بالركوب ولم يبين الأكل، ولو كان مأكولا لكان الأولى بيان منفعة الأكل؛ لأنه أعظم وجوه المنافع؛ لأن فيه بقاء النفوس، ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن بيان أعظم المنافع إلى بيان الأدنى عند إظهار المنة، وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما. (ك)

(٧) قوله: "والحكيم [الله] لا يترك إلخ" وقد اعترض بأنه ترك ذكر الحمل عليه؛ فينبغي أن لا يحمل عليه، وهو فاسد، فإن الكلام في أن ترك أعلى النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى، والحمل ليس كذلك. (ع)

(٨) نعَم.

(٩) فرس.

(١٠) ترسانيدن.

(١١) قالوا: ضرب في ماله سهمًا أي جعل. (مغرب)

(١٢) فإن للراجل سهمًا، وللفارس سهمين.

(١٣) قوله: "معارض إلخ" قلت: يشير إلى حديث خالد المتقدم: «أنه عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير» وهذا فيه نظر؛ فإن حديث جابر رضي الله تعالى عنه صحيح، وحديث خالد متكلم فيه، كيف؟ وقد قال الواقدي: إن خالدًا أسلم بعد فتح خيبر، فلم يشهد خيبر، فتدبر. (مل)

(١٤) قوله: "والأول" يعني كون الحرمة للتحريم أصح؛ لأنه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة لو قلت في شيء: أنا أكرهه، فما رأيك فيه، قال: التحريم. (ع)

أصح[1]، وأما لبنه فقد قيل: لا بأس به[2]؛ لأنه ليس في شربه[3] تقليل آلة الجهاد.

قال[4]: ولا بأس بأكل الأرنب[5]؛ لأن النبي عليه السلام أكل منه[6] حين أهدي إليه مشويًا*، وأمر الصحابة رضي الله تعالى عنهم بالأكل منه، ولأنه ليس من السباع، ولا من أكلة الجيف، فأشبه الظبي.

قال[7]: وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه، طهر جلده ولحمه[8] إلا الآدمي والخنزير؛ فإن الذكاة لا تعمل فيهما، أما الآدمي فلحرمته وكرامته[9]، والخنزير لنجاسته كما في الدباغ[10]. وقال الشافعي: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك؛ لأنه يؤثر في إباحة اللحم[11] أصلا[12]، وفي طهارته[13]، وطهارة الجلد تبعًا، ولا تبع بدون الأصل، وصار كذبيح المجوسي[14]. ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة، وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم، فإذا زالت[15] طهر كما في الدباغ[16]،

(١) قوله: "أصح" قال العيني أشار صاحب الهداية به إلى اختياره، انتهى. وقال ابن ملك في "شرح مجمع البحرين": ذكر الإمام الإسبيجابي أن الصحيح هو أنه مكروه تنزيها، وقال محمود بن إلياس في "شرح النقاية": هو ظاهر الرواية. (سقاية لعطشان الهداية)

(٢) وروى الحسن عن أبي حنيفة الكراهة في سوره. (ك)

(٣) وهذا يخالف التعليل السابق؛ لحرمة لحمه من قبح ترك الامتنان بالأعلى. (أعظمي)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أرنب -بالفتح- خرگوش. (م)

(٦) قوله: "أكل إلخ" لما في البخاري عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال: أنفجنا أرنبًا بمر الظهران، فسعى القوم فغلبوا، فأدركتها فأخذتها فأتيت بها طلحة فذبحها، وبعث بوركها أو قال: بفخذها إلى رسول الله ﷺ فقبله، قلت وأكل منه، قال وأكل منه. وفي "سنن النسائي" عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ بأرنب قد شواها، فوضعها بين يديه، فأمسك رسول الله ﷺ فلم يأكل، وأمر القوم أن يأكلوا، وزاد في لفظه قال: إني لو اشتهيتها أكلتها. (شرح نقاية من علي القاري)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٩، والدراية ج٢، الحديث٩١٥ ص٢١١. (نعيم)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "طهر جلده ولحمه" وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه، والجلد يطهر، وهو الصحيح. (ت)

(٩) وعزته.

(١٠) فإن كل إهاب إذا دبغ فقد طهر؛ إلا جلد الآدمي والخنزير.

(١١) قوله: لأنه يؤثر إلخ" أي لأن الذكاة تؤثر في إباحة اللحم قصداً، وفي طهارة اللحم تبعًا، وفوات الأصل يدل على فوات التبع، فصار كذبح المجوسي. (مل)

(١٢) أي بطريق الأصالة.

(١٣) لحم.

(١٤) فإنه لا يؤثر في حل المذبوح، فكذا في طهارة جلده ولحمه.

وهذا[١] حكم مقصود في الجلد[٢] كالتناول[٣] في اللحم، وفعل المجوسي[٤] إماتة في الشرع[٥]، فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه، حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافًا له[٦]، وهل يجوز الانتفاع به[٧] في غير الأكل، قيل: لا يجوز اعتبارًا بالأكل، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك[٨] الميتة، والزيت غالب لا يؤكل، وينتفع به في غير الأكل.

قال[٩]: ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك، وقال مالك وجماعة من أهل العلم: بإطلاق جميع ما في البحر[١٠]، واستثنى بعضهم[١١] الخنزير والكلب والإنسان. وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله، والخلاف في الأكل والبيع واحد[١٢]، لهم قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ من غير فصل[١٣]، وقوله عليه السلام في البحر[١٤]: «هو الطهور مائه والحل ميتته[١٥]»*، ولأنه لا دم في هذه الأشياء[١٦]؛

---

(١٥) الرطوبات والدماء السيالة.

(١٦) يطهر الجلد بالدباغ بإزالة الرطوبات.

(١) أي طهارة الجلد.

(٢) وليس تبعًا، كما ذكر الشافعي.

(٣) مقصود.

(٤) جواب عن قوله: وصار كذبح المجوسي.

(٥) قوله: "إماتة في الشرع" لأنه ليس على الوجه المشروع، واختلفوا في أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد الذبح، أو الذبح مع التسمية، قال بعضهم: مجرد الذبح، وقال بعضهم: بل الذبح مع التسمية؛ لأن المطهر هو الذكاة، وهي عبارة عن الذبح مع التسمية. (ك)

(٦) شافعي.

(٧) أي بشحمه.

(٨) بفتحتين: چربى گوشت.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) أي كل ما في البحر حلال.

(١١) من حيوان الماء.

(١٢) وينبغي أن يجوز بيعه لطهارته. (زيلعي)

(١٣) أي بين صيد وصيد. (ك)

(١٤) اخرجه أصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة، كذا قال الزيلعي.

(١٥) من غير فصل بين ميتة وميتة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٠١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩١٥ ص ٢١١. (نعيم)

(١٦) البحرية.

إذ الدموى لا يسكن الماء، والمحرم هو الدم، فأشبه السمك.

ولنا قوله تعالى[١]: ﴿ويحرم[٢] عليهم الخبائث﴾، وما سوى السمك خبيث[٣]، ونهى رسول الله عليه السلام[٤] عن دواء يتخذ فيه الضفدع[٥]*، ونهى[٦] عن بيع السرطان[٧]**، والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد، وهو مباح فيما لا يحل، والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك، وهو حلال مستثنى من ذلك[٨]؛ لقوله عليه السلام[٩]: «أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال»***.

قال[١٠]: ويكره أكل الطافى منه[١١]، وقال مالك والشافعى رحمهما الله تعالى: لا بأس به؛ لإطلاق ما روينا[١٢]؛ ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل[١٣] بالحديث[١٤].

---

(١) قوله: "ولنا قوله تعالى إلخ" وروى جابر أنهم أصابهم جوع شديد فى الغزو، فألقى البحر ميتاً، يقال له: العنبر، فأكلنا منه نصف شهر، فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ، فقال ﷺ: «كلوا رزقًا أخرجه الله لكم أطعمونا إن كان معكم» الحديث. ولنا أنه لا يدل على مرادهم؛ فإنه قال: فجعنا جوعًا شديدًا، فألقى البحر حوتًا ميتاً لم نر مثله، يقال له: العنبر، هكذا روى البخارى ومسلم وأحمد، وهذا يدل على أنه كان سمكًا، وإن لم يكن سمكًا، فهو فى حال المخمصة، وفيها يحل الميتة والخنازير، فما ظنك بصيد البحر، وهو طاهر بالإجماع. (زيلعى)

(٢) رسول.

(٣) أى يستخبثه الطبع. (ك)

(٤) لما سأل الطبيب أن يجعلها فى دواء، كذا رواه أبو داود.

(٥) غوک.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠١، والدراية ج٢، الحديث٩١٦ ص٢١٢. (نعيم)

(٦) قلت: غريب جداً.

(٧) بفتحتين: خرچنگ.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠١، والدراية ج٢ تحت الحديث٩١٦ ص٢١٢. (نعيم)

(٨) أى من سائر الميتات. (ك)

(٩) قوله: "لقوله عليه السلام: أحلت إلخ" فإن قيل: هذا الخبر مخالف لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ قلنا: هذا الخبر مشهور مؤيد بالإجماع، فيجوز تخصيص الكتاب به، والدم المحلى بالألف واللام معهود على ما ذكر فى آية أخرى ﴿أو دمًا مسفوحًا﴾، فينصرف إلى المعهود، ولا يثبت التعارض بين الكتاب والخبر. (ك)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠١، والدراية ج٢، الحديث٩١٧ ص٢١٢. (نعيم)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "الطافى" هو اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا، والمراد من السمك الطافى، هو الذى يموت فى الماء حتف أنفه ويعلو. (ع)

(١٢) وهو الحل ميتته. (ك)

(١٣) وهذا الاستدلال بالنظر إلى لفظ ميتة.

ولنا ما روى جابر رضى الله عنه عن النبى عليه السلام أنه قال: «ما نضب عنه الماء فكلوا[١] وما لفظه[٢] الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا»*.

وعن جماعة من الصحابة[٣] مثل مذهبنا[٤]، وميتة البحر ما لفظه البحر[٥]؛ ليكون موته مضافًا إلى البحر[٦]، لا ما مات فيه[٧] من غير آفة.

قال[٨]: ولا بأس بأكل الجريث[٩] والمارماهى[١٠] وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة، وقال مالك: لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه[١١]؛ لأنه صيد البر، ولهذا يجب على المحرم بقتله[١٢] جزاء[١٣] يليق به، فلا يحل[١٤] إلا بالقتل كما فى سائره[١٥].

والحجة عليه ما روينا[١٦]، وسئل على رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض**وفيها الميت وغيره، فقال: "كله كلّه"[١٧]، وهذا عد من فصاحته[١٨]،

---

(١٤) المذكور آنفًا.

(١) قوله: "ما نضب [نضب أى ذهب (غن)، النضوب -بالضم- فرو شدن آب در زمين. م] إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى عن جابر بن عبد الله عن النبى ﷺ قال: «كلوا ما حسر عنه البحر وما ألقاه،وما وجدتموه طافيًا فوق الماء ميتًا فلا تأكلوه»، وأخرجه ابن عدى فى "الكامل"، كذا قال الزيلعى فى "تخريجه". (مل)

(٢) أى رماه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٢، والدراية ج٢، الحديث٩١٨ ص٢١٢. (نعيم)

(٣) قوله: "وعن جماعة من الصحابة" وهم علي وابن عباس وأبو هريرة وابن عمر رضى الله تعالى عنهم مثل مذهبنا، وأنه باب لا يعرف قياسًا، فثبت أنهم قالوه سماعًا. (ك)

(٤) أى كراهة أكل الطافى. (ت)

(٥) جواب عن استدلال الشافعى.

(٦) أى أماته البحر.

(٧) بحر.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "بأكل الجريث" -بكسر المعجمة وتشديد المهملة- قال فى "القاموس": كسكيت هو سمك أسود، كذا قاله العينى، وقال الوانى: نوع من السمك مدور كالترس أبو السعود. (رد المحتار)

(١٠) سمك فى صورة الحية، وأفردهما بالذكر للخفاء، وخلاف محمد. (در مختار)

(١١) بريانه كنايد.

(١٢) جراد.

(١٣) إن قتل قملة، أو جرادة تصدق بما شاء، ولم يقدر الصدقة فى ظاهر الرواية. (مجمع الأنهر)

(١٤) جراد.

(١٥) أى كسائر حيوان البر. (كافى)

(١٦) قوله: "والحجة عليه ما رويناه" يعنى قوله عليه السلام: «أحلت لنا ميتتان ودمان» إلخ (ع).

ودل على إباحته وإن[١] مات حتف أنفه[٢].

بخلاف السمك إذا مات من غير آفة[٣]؛ لأنا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى، ثم الأصل[٤] فى السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لايحل كالطافى، وتنسحب[٥] عليه فروع كثيرة، بيناها فى "كفاية المنتهى"[٦].

وعند التأمل يقف المبرز عليها[٧]، منها إذا قطع بعضها، فمات يحل أكل ما أبين وما بقى؛ لأن موته بآفة، و ما أبين من الحى[٨]، وإن[٩] كان ميتا فميتته حلال، وفى الموت بالحر والبرد روايتان[١٠]، والله أعلم بالصواب.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٥ أشار بقوله: سئل على عن الجراد إلخ، والدراية ج٢، الحديث٩١٩ ص٢١٣. (نعيم)

(١٧) قوله: "فقال: كله كله" قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن على رضى الله تعالى عنه قال: الحيتان والجراد ذكى كله، انتهى. (ت)

(١٨) على.

(١) والواو وصلية.

(٢) قوله: "حتف أنفه [من غير سبب حادث]" حتف بالفتح مرگ حتوف جمع مات فلان حتف أنفه مرد بر فراش بدون قتل، وضرب، وغرق، وحرق، قيل: هذا فى الآدمى، ثم عم فى كل حيوان إذا مات بغير سبب.

(٣) فإنه لا يحل.

(٤) قوله: "ثم الأصل" فى بعض الشروح السمك الميتة يحل إذا مات بغير سبب، وأما إذا مات بسبب فلا يحل، انتهى. وهذا غلط فاحش. (سقاية لعطشان الهداية لمولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) تتفرع، انسحاب: كشيده شدن. (من)

(٦) قوله: بيناها فى كفاية المنتهى إلخ "وهى أنه لو وجد فى بطن السمك سمكة أخرى، فإنها تؤكل؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذا إن قتلها شىء من طير الماء وغيره، وكذلك إن ماتت فى جب ما؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذلك إن جمعها فى حظيرة، فلا يستطيع الخروج منها، وهو يقدر على أخذها من غير صيد؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد، فلا خير فى أكلها؛ لأنه لم يصر لموتها سبب.

ولا بأس بأكل سمكة يصيدها المجوسى؛ لأنها تحل من غير تسمية؛ فإن المسلم إذا أخذ السمكة وترك عليها التسمية عمداً يحل، وما يحل بدون التسمية، فالمجوسى وغير المجوسى فيه سواء. (ن)

(٧) أى الفائق على الأقران.

(٨) دفع دخل وهو أن ما أبين من الحى ميت فلا يكون حلالا.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) قوله: "روايتان" أحدهما: أنها تؤكل؛ لأنها ماتت بسبب حادث، فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس، والأخرى: أنها لا تؤكل؛ لأن الحر والبرد صفتان من صفات الزمان، وليسا من أسباب الموت فى الغالب، وأطلق القدورى الروايتين ولم ينسبهما إلى أحد، وذكر شيخ الإسلام أنه على قول أبى حنيفة: لا يحل، وعلى قولهما: يحل. (ع)

كتاب الأضحية[1]

قال[2]: الأضحية واجبة[3] على كل حر مسلم مقيم موسر[4] في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولُده[5] الصغار، أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى.

وعنه: أنها سنة، ذكره في "الجوامع"[6]، وهو قول الشافعي، وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة: واجبة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: سنة مؤكدة، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف.

وجه السنة قوله عليه السلام[7]: «من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره[8] وأظفاره شيئًا»*، والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب، ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر؛ لأنهما لا يختلفان في الوظائف المالية[9] كالزكاة[10]، وصار كالعتيرة[11].

---

(١) قوله: "كتاب الأضحية [أورد الأضحية عقيب الذبائح؛ لأن التضحية ذبح خاص، والخاص بعد العام. ع]" هو في اللغة: اسم ما يذبح في يوم الأضحى، وهو أفعولة، وكان أصله أضحوية، اجتمعت الواو والياء، وسبقت إحداهما بالسكون، فقلبت الواو ياء، وأدغمت الياء وكسرت الحاء؛ لتناسب الياء، ويجمع على أضاحي بتشديد الياء.

قال الأصمعي: وفيها أربع لغات: بضم الهمزة وكسرها، وضحية بفتح الضاد كهدية وهدايا وأضحاة، وجمعه أضحى كأرطاة وأرطى، وقال الفراء: الأضحى مذكر ومؤنث. وفي الشريعة: عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص في يوم مخصوص وهو يوم الأضحى. وسبب وجوب الأضحية الوقت، وهو أيام النحر، والغناء الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر شرط وجوبها، كذا في "النهاية" وغيرها. (مل)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "الأضحية إلخ" اعلم أن القربة المالية نوعان: نوع بطريق التمليك كالصدقات، ونوع بطريق الإتلاف كالإعتاق، وفي الأضحية اجتمع المعنيان، فإنها تقرب بإراقة الدم وهو إتلاف، ثم بالتصدق باللحم، وهو تمليك. (ك)

(٤) وإن كان حاجًا في منى. (منح الغفار)

(٥) بضم الواو وسكون اللام: جمع ولد. (عيني)

(٦) اسم كتاب في الفقه، صنفه أبو يوسف. (ﻫ)

(٧) قوله: "قوله عليه السلام: «من أراد» إلخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخاري عن أم سلمة عن النبي ﷺ قال: «من رأى هلال ذي الحجة منكم وأراد أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره»، انتهى. (ت)

(٨) أي لا يأخذ المضحي من شعر نفسه وأظفاره. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٦، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٠ ص٢١٣. (نعيم)

(٩) قوله: "في الوظائف [وظيفه چيزى كه براى كسى مقرر كرده باشد] المالية" قيد بالمالية احترازًا عن البدنية كالصلاة والصوم، فإنهما يختلفان فيها؛ لأن المسافر يلحقه المشقة في أدائها. (ﻫ)

(١٠) فإنها واجبة عليهما.

(١١) قوله: "وصار كالعتيرة" في "المغرب": العتيرة ذبيحة في رجب، يتقرب بها أهل الجاهلية، والمسلمون في

ووجه الوجوب قوله عليه السلام: «من وجد سعة[1] ولم يضحِّ فلا يقربن مصلانا»*، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب[2]؛ ولأنها قربة يضاف إليها وقتها.

يقال: يوم الأضحى، وذلك يؤذن بالوجوب؛ لأن الإضافة للاختصاص[3]، وهو بالوجود[4]، والوجوب هو المفضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس، غير أن الأداء يختص بأسباب[5] يشق على المسافر استحضارها، ويفوت[6] بمضى الوقت، فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة.

والمراد[7] بالإرادة فيما روى -والله أعلم- ما هو[8] ضد السهو[9] لا التخيير[10]، والعتيرة[11] منسوخة[12]، وهى شاة تقام فى رَجَب[13] على ما قيل[14].

صدر الإسلام ثم نسخ، يعنى أن العتيرة لما لم تجب على المسافر، لا تجب على المقيم، فكذا الأضحية، لما لم تكن واجبة على المسافر لا تكون واجبة على المقيم. والجامع كون كل واحد منهما، قربة يتقرب بها إلى الله تعالى، وصار قوله كالزكاة لبيان الطرد، وقوله: كالعتيرة لبيان العكس، والعكس مؤكد ومرجح للعلة. (كفاية)

(١) قوله: "من وجد سعة [بالفتح والكسر: فراخى وتوانگوى. م] إلخ" قلت: أخرجه ابن ماجة فى "سننه" عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٧، والدراية ج٢، الحديث ٩٢١ ص٢١٣. (نعيم)

(٢) قوله: "لا يلحق إلخ" اعترض عليه بقوله ﷺ: «من ترك سنتى لم تنله شفاعتى»، وأجيب: بأنه محمول على الترك اعتقاداً، أو الترك أصلا؛ فإن ترك السنة أصلا حرام، ولذا يجب المقاتلة مع جماعة تركوا الأذان، و إن كان الأذان سنة؛ لأن إحياء السنة واجب. (مل)

(٣) قوله: "لأن الإضافة للاختصاص" أى لاختصاص المضاف بالمضاف إليه، والاختصاص إنما يثبت إذا وجد المضاف إليه لا محالة، وإنما يوجد المضاف إليه لا محالة، إذا كان واجبا بالنظر إلى الجنس، أى جنس المكلفين؛ لجواز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب، ولايجتمعون على ترك الواجب، ولا يصح الإضافة باعتبار جواز الأداء فيه، فالصوم يجوز فى سائر الشهور، والمسمى بشهر الصوم رمضان. (ك)

(٤) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقًا به فضلا عن القصاص. (ع)

(٥) قوله: "يختص بأسباب [وشروط] إلخ" يعنى أن المسافر يلحقه زيادة مشقة فى إقامة هذه القربة؛ لأنه لا بد من شراء ما يصلح للأضحية، فربما يجد ذلك، وربما لا يجد، ومتى وجد واشترى، احتاج إلى حفظها إلى أن يجىء وقتها، ويتعسر عليه ذلك حالة السفر، ثم بعد الذبح يحتاج إلى إصلاح السقط وغير ذلك؛ ليأكل، أو يطعم غيره، ويتعسر عليه ذلك أيضًا، فسقطت عن المسافر دفعًا للحرج. (غن)

(٦) الأداء.

(٧) جواب عما تمسك به الشافعى من الحديث.

(٨) فالمعنى من قصد التضحية التى هى واجبة إلخ كقول من قال: من أراد الصلاة فليتوضأ. (ع)

(٩) أى العمد والقصد.

(١٠) فإنه ينافى الوجوب. (ك)

(١١) جواب عما استشهد بها. (عناية)

وإنما اختص الوجوب بالحرية[١]؛ لأنها[٢] وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر، وبالإسلام لكونها قربة[٣]، وبالإقامة؛ لما بينا[٤]، واليسار[٥]؛ لما روينا[٦] من اشتراط السعة، ومقداره ما يجب به صدقة الفطر، وقد مر في الصوم[٧]، وبالوقت[٨] وهو يوم الأضحى؛ لأنها[٩] مختصة به، وسنبين مقداره[١٠]، إن شاء الله تعالى.

وتجب عن نفسه؛ لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه[١١]، وعن ولده الصغير؛ لأنه في معنى نفسه[١٢]، فيلحق به كما في صدقة الفطر[١٣]، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى.

وروى عنه[١٤] أنه لا يجب عن ولده[١٥]، وهو ظاهر الرواية[١٦]، بخلاف صدقة

---

(١٢) قوله: "منسوخة [والقياس على المنسوخ لا يجوز. عن]" روى الأئمة الستة في كتبهم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا فرع ولا عتيرة» انتهى، والفرع أول النتاج كان ينتج لهم فيذبحوه لطواغيتهم. (ت)

(١٣) غير منصرف.

(١٤) قوله: "على ما قيل" فيه إشارة إلى الخلاف في تفسير العتيرة، وفي "الإيضاح": العتيرة هي ما كان الرجل إذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولدها فأكل وأطعم، وقيل: ينذر العرب، فيقول: إذا بلغ شياءه كذا وكذا، فعليه أن يذبح من كل عشر منها في رجب كذا. (كفاية)

(١) قوله: "وإنما اختص إلخ" بيان الشرائط المذكورة في أول الباب. (عناية)

(٢) أضحية.

(٣) والكافر ليس بأهل لها.

(٤) قوله: "لما بينا" وهو قوله: غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها. (ك)

(٥) معطوف على الإقامة.

(٦) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: «من وجد سعة ولم يضحّ» الحديث. (عناية)

(٧) في باب صدقة الفطر.

(٨) معطوف على اليسار.

(٩) أضحية.

(١٠) أي مقدار الوقت. (ع)

(١١) قوله: "على ما بيناه [أي في صدقة الفطر]" قال في باب صدقة الفطر: والأصل في الوجوب رأسه، وهو يمونه، ويلي عليه، فيلحق به ما هو في معناه، كأولاده الصغار؛ لأنه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه؛ لقيام الولاية والمؤنة.

(١٢) لأنه يلي نفسه وماله. (ك)

(١٣) قوله: كما في صدقة الفطر [فإنها تجب عن نفسه وعن ولده الصغير]" وهذا لأن كل واحد منهما قربة مالية تعلقت بيوم العيد، فكانا نظيرين من هذا الوجه. (ك)

(١٤) أي عن أبي حنيفة. (ك)

الفطر؛ لأن السبب هناك[١] رأس يمونه[٢] ويلي عليه، وهما موجودان في الصغير[٣]، وهذه قربة محضة[٤].

والأصل في القرب أن لا تجب على الغير، بسبب الغير، ولهذا[٥] لا تجب[٦] عن عبده، وإن[٧] كان يجب عنه[٨] صدقة الفطر، وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه، أو وصيّه[٩] من ماله[١٠] عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى: يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير، فالخلاف[١١] في هذا كالخلاف[١٢] في صدقة الفطر.

وقيل: لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعًا[١٣]؛ لأن هذه القربة تتأدى بالإراقة[١٤]، والصدقة بعدها[١٥] تطوع فلا يجوز ذلك[١٦] من مال الصغير، ولا

---

(١٥) قوله: "لا يجب عن ولده" يعني سواء كان صغيرًا أو كبيرًا، إذا لم يكن له مال. (ع)

(١٦) والفتوى على ظاهر الرواية، كذا في "فتاوى قاضي خان". (ك)

(١) أي في صدقة الفطر.

(٢) قوله: "يمونه" مانه مونًا -بالفتح- ومؤنة قيام در زيد بر نفقة وكفالت عيال وبرداشت بار ايشان. (من)

(٣) فإن الأب يمون رأس الصغير ويلي عليه.

(٤) قوله: "وهذه [أضحية]" أي الإراقة صارت قربة من العبد إلى الرب من غير شائبة، ولا كذلك التصدق بالمال؛ لأنه كما يتقرب به إلى الله تعالى، يتقرب به إلى العباد، فلا يكون قربة محضة. (نهاية)

(٥) الأصل.

(٦) الأضحية اتفاقًا.

(٧) الواو وصلية.

(٨) أي عن عبده.

(٩) أب.

(١٠) أي من مال الصغير.

(١١) وفي نسخة: والخلاف.

(١٢) قوله: كالخلاف" قال في باب صدقة الفطر: إن كان لهم أي للصغار مال يؤدى من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافًا لمحمد؛ لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة، فأشبه النفقة.

(١٣) قوله: "لا يجوز التضحية إلخ" أي ليس للأب أن يفعله من ماله؛ لأنه إن كان المقصود الإتلاف، فالأب لا يملك إتلاف مال ولده كالإعتاق، وإن كان المقصود التصدق باللحم بعد الإراقة، فذلك تطوع، ومال الصبي لا يحتمل صدقة التطوع، كذا في "المبسوط". (كافي)

(١٤) قوله: "لأن القربة إلخ" أي لأن الواجب في الأضحية إراقة الدم، والصدقة بعدها تطوع، وذلك في مال الصغير، ولا يقدر الصغير في العادة أن يأكل جميعها، ولا يجوز البيع فلذلك لم يجب. (عن)

(١٥) إراقة.

(١٦) تطوع.

يمكنه أن يأكل كله، والأصح أن يضحى من ماله[١]، ويأكل منه ما أمكنه[٢]، ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه[٣].

قال[٤]: ويذبح عن كل واحد منهم شاة، أو يذبح بقرة أو بدنة[٥] عن سبعة، والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد[٦]؛ لأن الإراقة واحدة وهى القربة؛ إلا أنا تركناه[٧] بالأثر، وهو ما روى عن جابر رضى الله تعالى عنه أنه قال: «نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة»[٨]*، ولا نص فى الشاة، فبقى على أصل القياس.

وتجوز عن خمسة، أو ستة، أو ثلاثة[٩]، ذكره محمد فى "الأصل"[١٠]؛ لأنه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم أولى، ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما، لا نص فيه، وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز[١١] عن الكل[١٢]؛ لانعدام وصف القربة فى البعض[١٣]، وسنبينه[١٤] إن شاء الله تعالى.

وقال مالك: تجوز عن أهل بيت واحد، وإن[١٥] كانوا أكثر من سبعة، ولا تجوز عن أهل بيتين، وإن[١٦] كانوا أقل منها[١٧]؛ لقوله عليه السلام[١٨]:

---

(١) قوله: "والأصح أن يضحى من ماله" أى من مال الصغير، ويأكل أى الصغير من الأضحية التى هى من ماله ما أمكنه، ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه، كالغربال والمنحلة. (عناية)

(٢) أى من المضحى.

(٣) أى ببقاء عينه، كالثوب ومتاع البيت. (ك)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) شتر.

(٦) أى البقرة والبدنة.

(٧) قياس.

(٨) قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٩، والدراية ج٢، الحديث٩٢٢ ص٢١٣. (نعيم)

(٩) ذكره تفريعاً على مسألة القدورى. (عينى)

(١٠) مبسوط.

(١١) قوله: "وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز" كما إذا مات وترك ابنا وامرأة وبقرة، فضحيا بها يوم العيد لم يجز؛ لأن نصيب المرأة أقل من السبع، فإذا لم يجز فى نصيبها، لم يجز فى نصيب الابن أيضاً. (ع)

(١٢) قوله: "لا يجوز عن الكل" أى كما لا يجوز من صاحب الكثير، لا يجوز من صاحب القليل. (غاية البيان)

(١٣) الذى هو أقل من السبع.

(١٤) لعل مراده: وإذا أراد أحدهم بنصيبه اللحم لم يجز عن الباقين إلخ. (ك)

(١٥) الواو وصلية.

«على كل أهل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة»*.

قلنا: المراد منه -والله أعلم- قيم أهل البيت[٢]؛ لأن اليسار له، يؤيده ما يروى على كل مسلم[٣] فى كل عام أضحاة وعتيرة[٤]، ولو كانت البدنة[٥] بين اثنين نصفين تجوز فى الأصح[٦]؛ لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعًا له، وإذا جاز على الشركة، فقسمة اللحم بالوزن؛ لأنه موزون، ولو اقتسموا جزافًا[٧] لا يجوز، إلا إذا كان معه شيء[٨] من الأكارع[٩] والجلد اعتبارًا بالبيع[١٠].

ولو اشترى بقرة[١١] يريد أن يضحى بها عن نفسه، ثم أشرك فيها ستة معه جاز

---

(١٦) الواو وصلية.

(١٧) سبعة.

(١٨) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربع عن ابن سليم قال: «كنا وقوفًا مع رسول الله ﷺ بعرفات فقال يا أيها الناس على كل أهل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة أتدرون ما العتيرة هى التى يقول الناس إنها الرجبية» انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢١٠، والدراية ج٢، الحديث٩٢٣ ص٢١٤. (نعيم)

(٢) منتظم وصاحب.

(٣) قوله: "يؤيده ما يروى [قلت: روايته غريبة] على كل مسلم إلخ" هذا محكم، وقوله عليه الصلاة والسلام: «على كل أهل بيت» محتمل، فحملناه على المحكم. (ك)

(٤) قوله: "أضحاة" الأضحاة بالفتح لغة: الأضحية لا جمع الأضحية، كما فى بعض الشروح؛ فإن جمع الأضحية الضحايا. (سقاية)

(٥) ذكره تفريعًا عى مسألة القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "فى الأصح" هذا احتراز عن قول بعض المشايخ؛ فإنهم قالوا: لا يجزيهما؛ لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع، ونصف السبع لا يجوز فى الأضحية، فإذا لم يجز البعض لم يجز الباقى.

وقال بعضهم: يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث، والصدر الشهيد رحمهما الله تعالى؛ لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعًا، وجه ذلك أن نصف السبع وإن لم يكن أضحية، فهى قربة تبعًا للأضحية، كما إذا ضحى شاة، فخرج من بطنها جنين حى؛ فإنه يجب عليه أن يضحيه، وإن لم يجز تضحيته ابتداء. (ك)

(٧) تخمين وقياس كردن در بيع وشراء وجز آن. (م)

(٨) قوله: "إلا إذا كان معه شيء [حتى يصرف الجنس إلى خلافه. عينى] إلخ" يعنى إذا كان مع أحدهما بعض الأكارع، ومع الآخر الجلد، أو بعض الأكارع، أو مع أحدهما بعض الأكارع والجلد، حتى يصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيجوز، كما فى البيع، أى فى بيع الجنس مع الجنس جزافًا، إذا كان مع أحدهما أو مع كل واحد منهما شيء من خلاف الجنس فيجوز. (ك)

(٩) قوله: "من الأكارع [كراع بالضم پاچه' گوسفند وگاو وجز آن. م]" الأكارع جمع أكرع، وأكرع جمع كراع، والكراع فى الغنم والبقر بمنزلة الظلف فى الفرس والبعير، وهو الساق يذكر ويؤنث، وفى المثل أعطى العبد كراعا، فطلب ذراعًا؛ لأن الذراع فى اليد، وهو أفضل من الكراع فى الرجل. (عينى)

(١٠) لأن القسمة فيها معنى المبادلة. (زيلعى)

استحسانًا، وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه أعدها للقربة، فيمتنع عن بيعها تمولا، والإشراك هذه صفته[١].

وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها، ولا يظفر بالشركاء وقت البيع، وإنما يطلبهم[٢] بعده[٣]، فكانت الحاجة إليه ماسة، فجوزناه دفعًا للحرج وقد أمكن[٤]؛ لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع[٥]، والأحسن أن يفعل ذلك[٦] قبل الشراء؛ ليكون أبعد عن الخلاف، وعن صورة الرجوع في القربة، وعن أبي حنيفة أنه يكره الإشراك بعد الشراء؛ لما بينا[٧].

قال[٨]: وليس على الفقير والمسافر أضحية؛ لما بينا[٩]، وأبو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين[١٠]*، وعن علي**: "ليس على المسافر جمعة ولا أضحية"[١١].

قال[١٢]: ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح، حتى يصلي الإمام العيد، فأما أهل السواد[١٣]، فيذبحون بعد الفجر. والأصل[١٤] فيه قوله عليه السلام: «من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته[١٥] ومن

---

(١١) هذه من مسائل الأصل، ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. (عيني)

(١) قوله: "والإشراك هذه صفته" أي البيع بطريق التمول. (ك)

(٢) شركاء.

(٣) بيع.

(٤) أي دفع الحرج بهذا الإشراك.

(٥) قوله: لا يمتنع البيع [ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها، فاشترى مثلها لم يكن به بأس]" فإن من اشترى شاة للتضحية، فوجدها عجفاء فيبيعها ليشتري سمينة يجوز، فكذا الإشراك. (مل)

(٦) إشراك.

(٧) قوله: "لما بينا" أراد به قوله: لأنه أعدها للقربة، فيمنع عن بيعها إلخ. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "لما بينا" من اشتراط اليسار والإقامة. (غن)

(١٠) قلت: غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٢٣ ص٢١٤. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٢٣ ص٢١٤. (نعيم)

(١١) قلت: غريب. (ت)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) ديهاى شهر. (م)

ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه[١] وأصاب سنة المسلمين»* .

وقال عليه السلام** : «إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة[٢] ثم الأضحية» غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة[٣]، وهو المصري دون أهل السواد؛ ولأن التأخير لاحتمال التشاغل به[٤] عن الصلاة، ولا معنى للتأخير في حق القروي، ولا[٥] صلاة عليه، وما رويناه[٦] حجة على مالك والشافعي رحمهما الله تعالى في نفي الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام.

ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز[٧]، كما[٨] انشق الفجر ولو كان على العكس[٩] لا يجوز، إلا بعد الصلاة.

وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر[١٠]، فيضحي بها كما طلع الفجر، وهذا[١١] لأنها تشبه الزكاة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر، كالزكاة[١٢] بهلاك النصاب، فيعتبر[١٣] في الصرف[١٤] مكان المحل[١٥]؛

---

(١٤) دليل.

(١٥) قوله: "من ذبح إلخ" قلت: أخرجه البخاري ومسلم عن البراء بن عازب قال: «ضحى خالي أبو بردة قبل الصلاة فقال رسول الله ﷺ تلك شاة لحم فقال يارسول الله إن عندي جذعة من المعز فقال ضح بها ولا تصلح لغيرك ثم قال من ضحى قبل الصلاة فإنما ذبح لنفسه ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين»، انتهى. (زيلعي)

(١) نسك -بالضم- عبادت كردن وقرباني كردن، وبضمتين: قربانيها. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢١١، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٤ ص ٢١٥. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٤ ص ٢١٢، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٥ ص ٢١٥. (نعيم)

(٢) قوله: "إن أول نسكنا إلخ" قلت: أخرجه البخاري ومسلم بمعناه عن البراء بن عازب قال: قال رسول الله ﷺ: «إن أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلي ثم نرجع فننحر». (تخريج زيلعي)

(٣) قوله: "في حق من عليه إلخ" لأن النص ورد في حق من عليه الصلاة؛ ولايجوز إلحاق غيره به؛ لعدم الجامع. (أعظمي)

(٤) أي بالذبح.

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "وما رويناه إلخ" أراد به قوله عليه الصلاة والسلام: «ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه»، وهو لعمومه يتناول ما قبل نحر الإمام وما بعده. (ك)

(٧) قبل الصلاة.

(٨) الكاف ههنا للمفاجأة، لا للتشبيه، كما في كما خرجت رأيت زيداً.

(٩) أي الأضحية في المصر والمضحي في القرى.

(١٠) قوله: "أن يبعث بها إلخ" قالوا: هذا إذا خرج مقدار ما يباح للمسافر قصر الصلاة في ذلك المكان، يجوز الذبح قبل الصلاة وإلا فلا. (قاضي خان)

(١١) أي المعتبر في ذلك إلخ.

لإمكان الفاعل اعتبارًا بها.

بخلاف صدقة الفطر[١]؛ لأنها لا تسقط بهلاك المال[٢]، بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر، ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد[٣]، ولم يصلّ أهل الجبّانة[٤] أجزأه استحسانًا[٥]؛ لأنها صلاة معتبرة، حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم[٦]، وكذا على[٧] هذا عكسه[٨]، وقيل: هو جائز[٩] قياسًا واستحسانًا[١٠].

قال[١١]: وهي جائزة في ثلاثة أيام: يوم النحر، ويومان بعده، وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «أيام التشريق[١٣] كلها أيام ذبح»*.

---

(١٢) تسقط.

(١٣) الأداء. (زيلعي)

(١٤) أي في الإراقة. (ك)

(١٥) أي المال. (ك)

(١) حيث يعتبر فيها مكان الفاعل.

(٢) قوله: "لأنها لا تسقط إلخ" فكان محلها الذمة، فاعتبر فيها مكان المؤدي؛ لإمكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى. (كفاية)

(٣) قوله: "ولو ضحى [هذا من مسائل الأصل. عيني] إلخ" معناه أن يخرج الإمام بالناس إلى الجبانة، ويستخلف من يصلي بالضعفاء في الجامع، هكذا فعله علي رضي الله تعالى عنه حين قدم الكوفة. (ع)

(٤) عيد گاه در صحرا. (من)

(٥) قوله: "أجزأه استحسانًا" والقياس أن لا يجوز؛ لأنها عبادة دارت بين الجواز وعدمه، فينبغي أن لا يجوز احتياطًا، وهذا؛ لأنها من حيث كونها بعد الصلاة تجوز، ومن حيث كونها قبل الصلاة التي تؤدى في الجبانة لا تجوز. (ك)

(٦) قوله: "أجزأتهم" يعني يعني لا يجب عليهم الذهاب إلى الجبانة، ولولم تكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب إليها. (ك)

(٧) أي على القياس والاستحسان. (ك)

(٨) أي صلى أهل الجبانة ولم يصل أهل المسجد.

(٩) قوله: "هو جائز" ولو صلى الإمام ثم تبين أنه صلى بغير طهارة، تعاد الصلاة دون الأضحية؛ لأن من العلماء من قال: لا يعيد الصلاة إلا الإمام وحده، فكان للاجتهاد فيه مساغ، فجعلناه عذرا في حق جواز التضحية تحريا للجواز، وصيانة لأضاحيهم عن الفساد. (زيلعي)

(١٠) قوله: "قياسًا واستحسانًا" لأن المسنون في العيد الخروج إلى الجبانة، فأهل الجبانة هو الأصل، وقد صلوا، فيجوز قياسًا واستحسانًا، وقيل: بل الاستحسان والقياس فيهما. (كافي)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: رواه أحمد في "مسنده" وابن حبان في "صحيحه" في النوع الثالث والأربعين من القسم الثالث من حديث عبد الرحمن بن أبي حسين عن جبير بن مطعم عن النبي ﷺ قال: «كل أيام التشريق ذبح، وعرفة كلها موقف» إلى آخره، ورواه البزار في "مسنده"، وقال ابن أبي حسين، لم يلقَ جبير بن مطعم. (ت)

(١٣) سميت أيام التشريق بها؛ لأن الأضاحي تشرق فيها أي تقدد في الشمس. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٢، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٦ ص٢١٥. (نعيم)

ولنا ما روى[١] عن عمر[٢] وعلى وابن عباس رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولها، وقد قالوه سماعًا[٣]؛ لأن الرأى لا يهتدى إلى المقادير، وفى الأخبار تعارض، فأخذنا بالمتيقن[٤]، وهو الأقل، وأفضلها أولها كما قالوا، أو لأن فيه[٥] مسارعة إلى أداء القربة، وهو الأصل إلا لمعارض[٦].

ويجوز الذبح فى لياليها[٧]، إلا أنه يكره؛ لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل[٨]، وأيام النحر ثلاثة، وأيام التشريق ثلاثة، والكل يمضى بأربعة، أولها[٩] نحر لا غير، وآخرها[١٠] تشريق لا غير، والمتوسطان نحر وتشريق، والتضحية فيها[١١] أفضل من التصدق بثمن الأضحية؛ لأنها تقع واجبة، أو سنة، والتصدق تطوع محض[١٢] فتفضل عليه؛ ولأنها تفوت بفوات وقتها، والصدقة تؤتى بها فى الأوقات كلها، فنزلت منزلة الطواف[١٣]، والصلاة فى حق الآفاقى.

---

(١) قلت: غريب جداً. (ت)

(٢) قوله: "عن عمر" قال الشيخ ابن حجر: أما عن عمر فلم أره، وأما عن على فذكره مالك فى "الموطأ" بلاغًا، وأما عن ابن عباس فلم أره. (سقاية)

(٣) منه ﷺ.

(٤) احتياطًا.

(٥) أى فى اختيار الأول.

(٦) قوله: "وهو الأصل" أى الأصل المسارعة إلى أداء القربة إلا لمعارض، كما فى الإسفار بالفجر، والإبراد بالظهر ونحوه، وهو قوله عليه السلام: «أسفروا وأبردوا. (ك)

(٧) قوله: "فى لياليها" أى فى ليالى أيام النحر، والمراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير، فلا يدخل الليلة الأولى، وهى ليلة العاشر من ذى الحجة، ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر؛ لأن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر، على ما ذكر فى الكتاب، وهو اليوم العاشر، ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثانى عشر، فلا يجوز فى ليلة النحر البتة؛ لوقوعها قبل وقتها، ولا فى ليلة التشريق المحض لخروجه، وإنما جازت فى الليل؛ لأن الليالى تبع للأيام، وأما الكراهة فلما ذكره فى الكتاب. (ع)

(٨) قوله: "لاحتمال الغلط" أى فى المذبح، أو فى الشاة فى أنها له، أو لغيره، أو بذبح شاة، فإن فيها بعض الشرائط. (كفاية)

(٩) العاشر.

(١٠) الثالث عشر.

(١١) قوله: "والتضحية فيها" أى فى أيام النحر أفضل من التصدق بثمن الأضحية، أما فى حق الموسر؛ فلأنها تقع واجبة فى ظاهر الرواية، أو سنة فى أحد قولى أبى يوسف، والتصدق بالثمن تطوع محض، ولا شك فى أفضلية الواجب أو السنة على التطوع، وأما فى حق المعسر؛ فلأن فيها جمعا بين التقرب بإراقة الدم، والتصدق والإراقة قربة تفوت بفوات هذه الأيام، ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل، وهذا الدليل يشمل الغنى والفقير. (عناية)

(١٢) وإن كان يسقط عنه الواجب.

ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر، إن كان أوجب على نفسه[١]، أو كان فقيرًا، وقد[٢] اشترى الأضحية[٣] تصدق بها حية[٤]، وإن كان غنيًا[٥] تصدق بقيمة شاة، اشترى أو لم يشترِ؛ لأنها واجبة على الغني[٦]، وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا[٧]، فإذا فات الوقت[٨] يجب عليه التصدق[٩] إخراجًا له عن العهدة، كالجمعة تقتضي بعد فواتها ظهرًا[١٠]، والصوم بعد العجز فدية[١١].

قال[١٢]: ولا يضحي[١٣] بالعمياء[١٤]، والعوزاء[١٥]، والعرجاء[١٦] التي لا تمشي إلى المنسك[١٧] ولا العجفاء[١٨]؛ لقوله عليه السلام[١٩]: «لا تجزئ في

(١٣) قوله: فنزلت منزلة إلخ" فإن الطواف في حق الآفاقي لفواته أفضل من صلاة التطوع، بخلاف المكي؛ فإن الصلاة في حقه أفضل. (عناية)

(١) قوله: "إن كان [سواء كان الموجب غنيًا أو فقيرًا. عناية] أوجب [بالنذر] إلخ" أي شاة بعينها بأن يكون في ملكه شاة، فيقول: أضحي بهذه أو يقول: لله على أن أضحي بهذه، أو يقول: على أن يضحي بهذه. (كفاية)

(٢) الواو حالية.

(٣) أي اشترى شاة بنية الأضحية. (ك)

(٤) قوله: "تصدق بها حية" وإن ذبح لا يجوز له التناول من لحمها، بل يتصدق بلحمها، وفضل ما بين قيمتها مذبوحة، وغير مذبوحة، كذا في الأوضح. (ك)

(٥) ولم يوجب على نفسه. (ع)

(٦) عينها أو لم يعينها. (عناية)

(٧) قوله: "عندنا" وروى الزعفراني عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه لا يجب، وهو قول الشافعي؛ لأن القرب إنما يلزم بالشروع أو بالنذر ولم يوجد واحد، وإنا نقول الشراء من الفقير مقرونًا بنية الأضحية بمنزلة النذر. (ك)

(٨) أي وقت التقرب بالإراقة. (عناية)

(٩) بالعين أو القيمة.

(١٠) قوله: "كالجمعة إلخ" والجامع بينهما أن قضاء ما وجب عليه في الأداء بجنس غير جنس الأداء. (ك)

(١١) يقتضي.

(١٢) القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "ولا يضحي إلخ" هذا بيان ما لا يجوز التضحية به، والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع، واليسير غير مانع؛ لأن الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب، واليسير ما لا أثر له في لحمها، وللعوراء أثر في ذلك؛ لأنه لا يبصر بعين واحد من العلف ما يبصر من العينين، وقلة العلف تورث الهزال. (ع)

(١٤) عمى -بفتحتين- رفتن بينائى چشم.

(١٥) عور -بالفتح وبفتحتين- يک چشم شدن.

(١٦) لنگ.

(١٧) أي المذبح. (زيلعي)

(١٨) عجف -بالضم والكسر- لاغرى ستور. (م)

(١٩) قلت: أخرجه الترمذي، ورواه مالك أيضًا، كذا قال الزيلعي.

الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها[١] والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي»[٢]*.

قال[٣]: ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب، أما الأذن، فلقوله عليه السلام[٤]: «استشرفوا العين والأذن»** أي اطلبوا سلامتهما، وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود، فصار كالأذن.

قال[٥]: ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها، وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز؛ لأن للأكثر حكم الكل بقاءً وذهابًا[٦]؛ ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه، فجعل عفواً، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر.

ففي "الجامع الصغير" عنه[٧]: وإن قطع من الذنب أو الأذن، أو العين، أو الألية[٨] الثلث، أو أقل أجزأه، وإن كان أكثر[٩] لم يجزه؛ لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة، فاعتبر قليلا، وفيما زاد[١٠] لا تنفذ[١١] إلا برضاهم، فاعتبر كثيراً. ويروى عنه الربع[١٢]؛ لأنه يحكي[١٣] حكاية الكمال على ما مر في الصلاة[١٤]، ويروى الثلث[١٥]؛ لقوله عليه السلام[١٦] في حديث الوصية[١٧]: «الثلث

---

(١) قوله: "البين عرجها [عرج بفتحتين لنگ شدن]" هي أن لايمكنها المشي برجلها العرجاء، وإنما تمشي بثلث قوائم، حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وضعًا خفيفًا يجوز، ذكره خواهر زاده. (ك)

(٢) قوله: "لا تنقي" أي ليس لها نقي، وهو المخ من شدة العجف. (ك)

قوله: "لا تنقي" النقي المخ، ومنه نهي أن يضحي بالعجفاء التي لا تنقي، أي ليس لها نقي من شدة عجفها. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٣، والدراية ج٢، الحديث٩٢٧ ص٢١٥. (نعيم)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أخرجه الطبراني، كذا قال الزيلعي.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٤، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٨ ص٢١٦. (نعيم)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "بقاءً وذهابًا" أي بقاء الأكثر كبقاء الكل، وذهاب الأكثر كذهاب الكل. (ك)

(٧) أي عن أبي حنيفة.

(٨) ألية: سرين يا پيه و گوشت سرين. (من)

(٩) من الثلث.

(١٠) على الثلث.

(١١) وصية.

(١٢) قوله: "ويروى عنه [أي عن أبي حنيفة] الربع" يعني إذا كان الذاهب الربع لا يجوز؛ لأن الربع له حكم الكمال، وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة. (ن)

(١٣) كما في مسح الرأس.

والثلث كثير»*.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقى الأكثر من النصف أجزأه، اعتبارًا للحقيقة(٢) على ما تقدم(٣) فى الصلاة، وهو اختيار الفقيه أبى الليث.

وقال: أبو يوسف: أخبرت بقولى أبا حنيفة فقال: قولى هو قولك، قيل: هو رجوع منه إلى قول أبى يوسف(٤)، وقيل: معناه قولى قريب من قولك(٥)، وفى كون النصف مانعًا روايتان(٦) عنهما، كما فى انكشاف العضو عن أبى يوسف.

ثم معرفة المقدار فى غير العين متيسر، وفى العين قالوا: تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة(٧) يومًا، أو يومين، ثم يقرب العَلَف(٨) إليها قليلا قليلا، فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان، ثم تشد عينها الصحيحة، وقرب إليها العلف قليلا قليلا، حتى إذا رأته من مكان أعلم عليه، ثم ينظر إلى التفاوت ما بينهما(٩)، فإن كان(١٠) ثلثًا فالذاهب الثلث، وإن كان نصفًا فالنصف.

---

(١٤) قوله: "على ما مر فى الصلاة [فى باب شروط الصلاة]" من أن الكشف فى عدم جواز الصلاة مقدر بربع العورة، وتقدير النجاسة بربع الثوب. (عينى)

(١٥) قوله: "ويروى الثلث" يعنى إذا كان الذاهب الثلث لا يجوز، وإن كان أقل من الثلث يجوز. (ن)

(١٦) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

(١٧) أى أوص الثلث.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٢٨ ص٢١٦. (نعيم)

(٢) قوله: "اعتبارًا للحقيقة" فإن القليل والكثير من أسماء المقابلة، فما دون النصف قليل حقيقة. (مل)

(٣) قوله: "على ما تقدم [فى باب شروط الصلاة]" قال المصنف فى باب شروط الصلاة: فإن صلت، وثلث ساقها، أو ربعها مكشوف تعيد الصلاة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وإن كان أقل من الربع لا تعيد.
وقال أبو يوسف: لا تعيد إن كان أقل من النصف، وفى النصف عنه روايتان: فاعتبر الخروج عن حد القلة، أو عدم الدخول فى ضده.

(٤) قوله: "هو رجوع منه إلخ" يعنى كان يقول أولا: إن الثلث قليل، والكثير ما زاد على الثلث، ثم رجع وقال: الكثير النصف وما زاد على النصف، كما هو قولهما. (ك)

(٥) قوله: "قولى قريب إلخ" أى قولى، وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه، أقرب إلى قولك الذى هو أن الأكثر من النصف، إذا بقى أجزاه بالنسبة إلى قول من يقول: إن الربع والثلث مانع. (ع)

(٦) قوله: "روايتان [أى عن أبى يوسف ومحمد]" فى رواية: مانع؛ لأن القليل عفو، والنصف ليس بقليل؛ لأن ما يقابله ليس بكثير، وفى رواية: غير مانع؛ لأن المانع هو الكثير، والنصف غير كثير؛ لأن ما يقابله ليس بقليل. (عينى)

(٧) اعتلاف: علف خوردن.

(٨) بفتحتين: خورش ستور وجزء آن. (م)

(٩) مكانين.

(١٠) تفاوت.

قال[١]: ويجوز أن يضحى بالجماء، وهى التى لا قرن[٢] لها؛ لأن القرن لايتعلق به مقصود[٣]، وكذا مكسورة القرن[٤]؛ لما قلنا[٥]، والخصى؛ لأن لحمها أطيب، وقد صح[٦] أن النبى ﷺ ضحى بكبشين[٧] أملحين[٨] موجوئين*.

والثولاء[٩]، وهى المجنونة، وقيل: هذا إذا كانت تعتلف؛ لأنه لا يخل بالمقصود، أما إذا كانت لا تعتلف لا تجزئه، والجرباء[١٠] إن كانت سمينة جاز؛ لأن الجرب[١١] فى الجلد، ولا نقصان فى اللحم، وإن كانت مهزولة[١٢] لا تجوز؛ لأن الجرب فى اللحم فانتقص.

وأما الهتماء[١٣] وهى التى لا أسنان لها، فعن أبى يوسف أنه يعتبر فى الأسنان الكثرة والقلة، وعنه إن بقى ما يمكن الاعتلاف به أجزأه؛ لحصول المقصود، والسكاء[١٤] وهى التى لا أذن لها خلقة لا تجوز، إن كان هذا[١٥]؛ لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الأذن أولى[١٦]

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) شاخ.

(٣) قوله: "لا يتعلق به مقصود" ألا يرى أن التضحية بالإبل جائزة، ولا قرن له. (عناية)

(٤) أى يجوز.

(٥) من أن القرن لا يتعلق به مقصود.

(٦) قوله: "وقد صح إلخ" روا ابن ماجة فى سننه عن عائشة وأبى هريرة، أن النبى ﷺ كان إذا أراد أن يضحى اشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوئين. (ت)

(٧) أحدهماعن نفسه، والآخر عن أمته، كبش -بالفتح- گوسفند. (م)

(٨) قوله: "أملحين" كبش أملح فيه ملحة، وهى بياض يشوبه شعرات سود، وهى من لون الملح والوجاء، على فعال، نوع من الخصاء، وهو أن يضرب العروق بحديدة، ويطعن فيها من غير إخراج الخصيتين، يقال: كبش موجوء إذا فعل به ذلك. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٥، والدراية ج٢، الحديث٩٢٩ ص٢١٦. (نعيم)

(٩) الثولاء من الشاة وغيرها: المجنونة، وقولهم فى تفسيرها: التى بها ثؤلول غلط. (مغرب)

(١٠) جرب -بفتحتين- كرگين شدن. (م)

(١١) خارش.

(١٢) لاغر.

(١٣) هتم -بالفتح- شكستن دندان از بُن. (م)

(١٤) خردى گوش چنانكه بلند وظاهر نه باشد. (م)

(١٥) قوله: "إن كان هذا [أى إن كان الشان هذا. أعظمى]" يعنى أنه لا يكون هذا، وإن وقع نادراً لا يجوز. (كفاية)

وهذا الذي ذكرنا إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء، ولو اشتراها[١] سليمة ثم تعيبت بعيب مانع[٢]، إن كان غنيًا فعليه غيرها[٣]، وإن كان فقيرًا تجزئه هذه؛ لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء، لا بالشراء، فلم تتعين[٤] به[٥]، وعلى الفقير بشراءه بنية الأضحية، فتعينت[٦]، ولا يجب عليه ضمان نقصانه، كما في نصاب الزكاة[٧].

وعن هذا الأصل[٨] قالوا: إذا ماتت المشتراة للتضحية، على الموسر مكانها أخرى، ولا شيء على الفقير، ولو ضلت، أو سرقت، فاشترى أخرى[٩]، ثم ظهرت الأولى في أيام النحر، على الموسر ذبح إحداهما، وعلى الفقير ذبحهما[١٠].

ولو أضجعها فاضطربت، فانكسر رجلها[١١] فذبحها أجزأه استحسانًا عندنا، خلافًا لزفر والشافعي رحمهما الله تعالى[١٢]؛ لأن حالة الذبح ومقدماته[١٣] ملحقة بالذبح، فكأنه[١٤] حصل به[١٥] اعتبارًا[١٦] وحكمًا، وكذا لو تعيبت في هذه الحالة[١٧]

---

(١٦) قوله: "أولى [بعدم الجواز]" ولا يجوز الجلالة التي تأكل العذرة، ولا تأكل غيرها. (زيلعي)

(١) أضحية.

(٢) عن التضحية.

(٣) قوله: "عليه غيرها" لأن الواجب في ذمته بصفة الكمال، فلا يتأدى بالناقص. (كافي)

(٤) أي الشاة المشتراة.

(٥) أي بالشراء.

(٦) يعني هذه الشاة المشتراة للأضحية. (ع)

(٧) قوله: "كما في نصاب الزكاة" فإنها إذا انتقص النصاب الذي وجب فيه الزكاة بعد الحول، ينتقص الواجب بقدره، ولا يضمن رب المال النقصان إن لم يكن بفعله، والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعًا المال لا الذمة؛ فإنه يسقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعًا، فكذا في النقصان ينتقص الواجب بقدره من غير ضمان. (مل)

(٨) قوله: "وعن هذا الأصل" يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء، وعلى الفقير بالعكس. (مل)

(٩) للتضحية.

(١٠) قوله: "وعلى الفقير إلخ" لأن الوجوب على الفقير بالشراء بنية الأضحية، والشراء قد تعدد، فيتعدد الوجوب، وعلى الغني بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب إلا أضحية واحدة، كذا في "الفتاوى الظهيرية". (نهاية)

(١١) قوله: "فانكسر رجلها" من باب ذكر الخاص وإرادة العام؛ فإنه إذا أصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح، كان الحكم كذلك. (ع)

(١٢) قوله: "خلافًا لزفر والشافعي" لأنها صارت معيبة قبل الذبح، فلم تجز تضحيته. (عيني)

(١٣) ذبح.

(١٤) عيبه.

(١٥) ذبح.

(١٦) شرعًا.

فانفلتت[١]، ثم أخذت من فوره، وكذا بعد فوره عند محمد خلافًا لأبي يوسف[٢]؛ لأنه[٣] حصل بمقدمات الذبح.

قال[٤]: والأضحية من الإبل[٥] والبقر والغنم؛ لأنها عرفت شرعًا، ولم تنقل التضحية بغيرها[٦] من النبي عليه السلام، ولا من الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

قال[٧]: ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعداً إلا الضأن[٨]، فإن الجذع منه[٩] يجزئ؛ لقوله عليه السلام[١٠]: «ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن»*، وقال عليه السلام[١١]: «نعمت الأضحية الجذع من الضأن»**، قالوا: وهذا إذا كانت[١٢] عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان[١٣] يشتبه[١٤] على الناظر من بعيد.

---

(١٧) أي حالة الذبح.

(١) فلت بالتحريك رهائي، يقال: مالك منه فلت أي لا تنفلت منه. (من)

(٢) قوله: "خلافًا لأبي يوسف" وجه قول أبي يوسف أنه متى أخذ من فوره، فالفعل الذي حدث منه كان من أسباب هذا الذبح، فصار ملحقا بحقيقة الذبح، فأما إذا انقطع الفور فالفعل الذي حصل به العيب خرج من أن يكون سببًا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور، فصار بمنزلة مالو حدث العيب بسبب آخر، ووجه قول محمد أن الفائت بأسباب الذبح كالفائت بالذبح. (غن)

(٣) دليل محمد.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "من الإبل" وقالت الظاهرية: يجوز التضحية بكل حيوان وحشي أو إنسي، وكل طائر يؤكل لحمه، لحديث أبي هريرة مرفوعا مثل المهجر إلى الجمعة كمثل من يهدي بدنة، ثم كمن يهدي بقرة، ثم كمن يهدي شاة، ثم كمن يهدي دجاجة، ثم كمن يهدي بيضة، والعصفور قريب إلى البيضة، والجواب عنه أن المراد به بيان قدر الثواب، لا أنه يجوز التضحية به. (سقاية لعطشان الهداية)

(٦) أي بغير الإبل والبقر والغنم، وأما بهذه الثلاثة، فقد ثبت أنه ﷺ ضحى بها، كذا قال الزيلعي.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) ضأن -بالفتح- ميش، خلاف معز. (من) هو ما له ألية منحم. (رد المحتار)

(٩) ضأن.

(١٠) أخرجه مسلم عن جابر. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٦، والدراية ج٢، الحديث ٩٣٠ ص٢١٦. (نعيم)

(١١) أخرجه الترمذي عن أبي هريرة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٦، والدراية ج٢، الحديث ٩٣١ ص٢١٧. (نعيم)

(١٢) الجذع.

(١٣) جمع ثني.

(١٤) أنه ثني أو جذع. (غن)

والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء[١]، وذكر الزعفراني أنه[٢] ابن سبعة أشهر، والثني منها[٣] و من المعز[٤] ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمس سنين، ويدخل في البقر الجاموس[٥]؛ لأنه من جنسه، والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم؛ لأنها هي الأصل في التبعية[٦]، حتى إذا نزا[٧] الذئب على الشاة يضحي بالولد.

قال[٨]: وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها، فمات أحدهم قبل النحر، وقالت الورثة[٩] اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم، وإن كان شريك الستة نصرانيًا، أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم.

ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة؛ لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة[١٠] وإن[١١] اختلفت جهاتها، كالأضحية والقران[١٢] والمتعة[١٣] عندنا؛ لاتحاد المقصود، وهو القربة، وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول؛ لأن التضحية عن الغير عرفت قربة، ألا ترى أن النبي عليه السلام ضحى عن أمته* على ما روينا من قبل[١٤].

(١) قوله: "في مذهب الفقهاء" قيد بقوله في مذهب الفقهاء؛ لأن عند أهل اللغة الجذع من الثنايا ما تمت له سنة، كذا في "النهاية". (عناية)

(٢) جذع.

(٣) ضأن.

(٤) معز بالفتح، بر خلاف ضأن. (من)

(٥) گاؤ ميش.

(٦) قوله: "لأنها هي الأصل في التبعية" لأنه جزءها، ولهذا يتبعها في الرق والحرية؛ وهذا لأن المنفصل من الفحل هو الماء، فإنه غير محل لهذا الحكم، والمنفصل من الأم هو الحيوان، وهو محل. (ع)

(٧) نزو: برجستن نر بر ماده. (م)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي الكبار منهم. (ك)

(١٠) قوله: "لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة"؛ لأن النص ورد على خلاف القياس في ذلك، فإن قيل: النص ورد في الأضحية، فكيف جوزتم مع اختلاف جهة القرب من الأضحية والقران والمتعة.

قلنا: اعتمد على ذلك زفر، ولم يجوزه عند اختلافها، لكنا نقول: إذا كانت الجهات قربا اتحد معناها، من حيث كونها قربة، فجاز الإلحاق، بخلاف ما إذا كان بعضها غير قربة، فإنه ليس في معناه. (غن)

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "والقران" وهو أن يهل بحج وعمرة من الميقات أو قبله في أشهر الحج أو قبلها، ويقول: بعد الصلاة اللهم إني أريد الحج والعمرة، فيسرهما لي وتقبلهما مني. (تنوير الأبصار)

(١٣) قوله: "والمتعة [فإن في القران والمتعة يجب الدم شكرًا]" والمتعة هو أن يفعل العمرة أو أكثر أشواطها في أشهر الحج عن إحرام بها قبلها أو فيها. (تنوير الأبصار)

ولم يوجد[١] في الوجه الثاني ؛ لأن النصراني ليس من أهلها[٢]، وكذا قصد اللحم ينافيها[٣]، وإذا لم يقع البعض قربة، والإراقة لا تتجزأ في حق القربة لم يقع[٤] الكل أيضًا، فامتنع الجواز، وهذا الذي ذكره[٥] استحسان، والقياس أن لا يجوز[٦]، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأنه تبرع بالإتلاف[٧]، فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت[٨].

لكنا نقول: القربة قد تقع عن الميت كالتصدق[٩]، بخلاف الإعتاق؛ لأن فيه إلزام الولاء على الميت[١٠]، ولو ذبحوها عن صغير في الورثة[١١]، أو أم ولد جاز؛ لما بينا[١٢]، أنه قربة[١٣] ولو مات واحد منهم[١٤] فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لا يجزئهم؛ لأنه لم يقع بعضها[١٥] قربة، وفيما تقدم وجد الإذن من الورثة، فكان قربة. قال[١٦]: ويأكل من لحم الأضحية[١٧]، ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر[١٨]؛

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٨، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٣١ ص٢١٧. (نعيم)

(١٤) رواه ابن ماجة عن عائشة.

(١) هذا الشرط.

(٢) قربة.

(٣) قربة.

(٤) أي قربة.

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) الوجه الأول.

(٧) أي لأن إجازة الورثة بالذبح على الميت، أي من الوارث عن الميت.

(٨) أي إذا أعتق الوارث عن الميت لا يجوز؛ لأنه تبرع بالإتلاف.

(٩) بأن أوصى لها.

(١٠) قوله: "لأن فيه إلزام إلخ "لأن الولاء لمن أعتق، وليس للوارث الإلزام على الميت، بخلاف الأضحية عنه، فإنها جازت لعدم الإلزام. (عيني)

(١١) قوله: "ولو ذبحوها إلخ" أي لو كان فيهم صبي، وضحى عنه أبوه، أو كان أحد الشركاء أم ولد، وضحى عنها مولاها جاز؛ لأن الصبي أهل للقربة، وكذا أم الولد. (كافي)

(١٢) قوله: "لما بينا إلخ" يشير إلى وجه الاستحسان، وفي القياس لا يجوز؛ فإن الإراقة لا تتجزى، وبعض الإراقة صار نفلا أو لحمًا، فصار الكل كذلك؛ لأن الأب لا يجب عليه أن يضحي عن ولده الصغير، إذا لم يكن له مال على ظاهر الرواية، فكان الأب متطوعًا، وكذا نصيب أم الولد يكون تطوعًا، ونصيب الميت انقلب تطوعًا أيضًا؛ لأنه لما مات ولم يتعرض، لم يجب على الورثة أن يضحوا عنه، وإذا لم يجب عليهم، كانوا متطوعين عن الميت. (غن)

(١٣) مالية فتجوز عن الغير. (ك)

(١٤) أي من الشركاء.

(١٥) وهو نصيب الميت.

لقوله عليه السلام[1] : «كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادّخروا»* ، ومتى جاز أكله وهو[2] غني ، جاز أن يؤكل[3] غنيًا ، ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث[4] ؛ لأن الجهات ثلاث : الأكل والادّخار ، لما روينا[5] ، والإطعام ؛ لقوله تعالى : ﴿وأطعموا القانع والمعتر[6]﴾ ، فانقسم عليها[7] أثلاثًا .

قال[8] : ويتصدق بجلدها[9] ؛ لأنه جزء منها ، أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت ، كالنطع[10] والجراب[11] والغربال[12] ونحوها[13] ؛ لأن الانتفاع به غير محرم ، ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه ، مع بقاءه استحسانًا ، وذلك مثل ما ذكرنا[14] ؛ لأن للبدل حكم المبدل ، ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه

---

(١٦) أي القدوري . (عيني)

(١٧) قوله: "ويأكل من لحم إلخ" هذا في الأضحية الواجبة والسنة سواء، إذا لم تكن واجبة بالنذر، وإن وجبت بالنذر، فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئًا، ولا أن يطعم غيره من الأغنياء، سواء كان الناذر غنيًا أو فقيرًا؛ لأن سبيلها التصدق، وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته، ولا أن يطعم الأغنياء، ولو أكل فعليه قيمة ما أكل. (زيلعي)

(١٨) ادّخار: ذخيره كردن.

(١) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" أخرج أبو داود عن نبشة الهذلي قال: قال رسول الله ﷺ : «إنا كنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلث لكي تسعكم وجاء الله السعة فكلوا وادخروا». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٨، والدراية ج٢، الحديث٩٣٢ ص٢١٧. (نعيم)

(٢) الواو حالية.

(٣) آكله الشيء إيكالاً: داد او را اين چيز تا بخورد، ومنه: «لعن الله آكل الربا ومؤكله». (من)

(٤) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٥) يعني قوله عليه السلام: «فكلوا منها وادّخروا». (ع)

(٦) قوله: "القانع والمعتر" القانع وهو الراضي بما عنده، وبما يعطى من غير سؤال، والمعتر المعترض للسؤال، كذا في "الكشاف"، كذا قال العيني، وقال في "العناية": القانع هو السائل من القنوع لا من القناعة، والمعتر هو الذي يتعرض السؤال ولا يسأل. (مل)

(٧) جهات.

(٨) القدوري. (عيني)

(٩) أضحية.

(١٠) بالفتح والكسر وفتحتين: بساط. (م)

(١١) جراب بالفتح والكسر: انبان وتوشه دان.

(١٢) بالكسر: پرويزن. (م)

(١٣) كالدلو والسفرة والقراب. (عيني)

(١٤) قوله: "وذلك مثل ماذكرنا" يعني كالنطع والجراب والغربال والقدر والقصعة؛ لأنه لو دبغه وانتفع به في بيته يجوز، فكذا إذا اشترى به ما ينتفع به في بيته؛ لأن للبدل حكم المبدل. (ك)

كالخل والأبازير[١]، اعتبارًا بالبيع بالدراهم، والمعنى فيه[٢] أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح[٣].

ولو باع الجلد، أو اللحم بالدراهم، أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمنه[٤]؛ لأن القربة انتقل إلى بدله، وقوله عليه السلام[٥]: «من باع جلد أضحية فلا أضحية له»* يفيد كراهة البيع، أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم؛ ولا يعطى[٦] أجرة الجزار[٧] من الأضحية؛ لقوله عليه السلام لعلى رضى الله تعالى عنه[٨]: «تصدق بجلالها[٩] وخطامها[١٠] ولا تعطِ أجر الجزار منها شيئًا»**، والنهي عنه نهي عن البيع أيضًا، لأنه في معنى البيع[١١].

ويكره أن يجز[١٢] صوف أضحيته[١٣]، وينتفع به قبل أن يذبحها؛ لأنه التزم

---

(١) قوله: "والأبازير [التوابل جمع أبزار -بالفتح-. (ع) توابلى كه در طعام مى كنند. م]" جمع الأبزار وهو خلط القدر كالأرز والحمص ونحوها. (ك)

(٢) قوله: "والمعنى [الوجه]" أى المعنى في عدم اشتراء ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاك، أنه تصرف على قصد التمول، وهو قد خرج عن جهة التمول، فإذا تمولته بالبيع وجب التصدق؛ لأن هذا الثمن حصل بفعل مكروه، فيكون خبيثا، فيجب التصدق. (عينى)

(٣) قوله: "في الصحيح" احتراز عما قيل: إنه ليس في اللحم إلا الأكل، أو الإطعام، فلو باع بشيء لا يجوز أصلا، سواء باعه بشيء ينتفع به بعينه، أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه.

والصحيح ما قال شيخ الإسلام، أن اللحم بمنزلة الجلد، إن باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز، وروى ابن سماعة عن محمد أنه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه. (مل)

(٤) قوله: "تصدق بثمنه" لأن معنى التمول سقط عن الأضحية، فإذا تمولها بالبيع، انتقلت القربة إلى بدله، فوجب التصدق. (كافى)

(٥) [رواه الحكم في "المستدرك" في تفسير سورة الحج. (ت)] دفع دخل هو أنه لا يجوز بيعه لقوله عليه السلام: «من با ع» إلخ.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٨، والدراية ج٢، الحديث ٩٣٣ ص٢١٨. (نعيم)

(٦) المضحى.

(٧) قصاب.

(٨) أخرجه الجماعة إلا الترمذى عن على. (ت)

(٩) جل -بالضم- پوشش ستور. (م)

(١٠) خطام -بالكسر- زمام. (م)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٩، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٣٣ ص٢١٨. (نعيم)

(١١) قوله: "لأنه في معنى البيع" لأن كل واحد منهما معارضة؛ لأنه إنما يعطى الجزار بمقابلة جزره، والبيع مكروه، فكذا ما هو بمعناه. (ك)

(١٢) قوله: "يجز [يقطع]" يقال: جز الصوف وجز النخل إذا صرمه، والجزاز كالجداد بالفتح والكسر، إلا أن

إقامة القربة بجميع أجزاءها، بخلاف ما بعد الذبح[١]؛ لأنه أقيمت القربة بها[٢]، كما في الهدي، ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف[٣].

قال[٤]: والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح[٥]، وإن كان لا يحسنه، فالأفضل أن يستعين بغيره، وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه؛ لقوله عليه السلام[٦] لفاطمة رضي الله تعالى عنها: «قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب»*.

قال[٧]: ويكره أن يذبحها الكتابي؛ لأنه[٨] عمل هو قربة، وهو ليس من أهلها، ولو أمره فذبح جاز؛ لأنه من أهل الذكاة، والقربة أقيمت بإنابته ونيته، بخلاف ما إذا أمر المجوسي[٩]؛ لأنه[١٠] ليس من أهل الذكاة، فكان إفساداً[١١].

قال[١٢]: وإذا غلط رجلان[١٣]، فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر، أجزئ

الجداد خاص في النخل، والجزاز فيه وفي الزرع والصوف والشجر، وقد فرق محمد بينهما، فذكر الجداد قبل الإدراك، والجزاز بعده، وهو إن ثبت حسن. (مغرب)

(١٣) هذا من مسائل الأصل ذكره تفريعاً.

(١) فإنه يجوز.

(٢) قوله: "لأنه أقيمت القربة بها" لأن القربة بالذبح، والانتفاع بعد إقامة القربة مطلق كالأكل. (كافي)

(٣) قوله: "ويكره أن يحلب لبنها فينتفعَ [بالنصب. عيني] بها كما في الصوف" أي كما يكره له الانتفاع بصوفها؛ وهذا لأن اللبن يتولد من عينها، وقد جعلها للقربة، فلا تصرف شيئاً منها إلى منفعة نفسه قبل أن يبلغ محلها؛ ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينتقص اللبن فلا يتأذى به.

إلا أن هذا إنما يقع إذا كان بقرب من أيام النحر، وأما إذا كان بالبعد فلا يفيد هذا؛ لأنه ينزل ثانياً وثالثاً بعد ما ينتقص، ولكن ينبغي أن يحلبها، ويتصدق باللبن، كالهدي إذا عطب قبل أن يبلغ محله، فإن عليه أن يذبحه، ويتصدق بلحمه، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(٤) ليس في النسخ الصحيحة: قال، أي القدوري. (عيني)

(٥) لأن الأولى في القرب أن يتولاها بنفسه. (زيلعي)

(٦) رواه الحاكم في "المستدرك" عن عمران بن حصين. (ت)

* راجع نصب الراية ج[illegible] ص٢١٩، والدراية ج٢، الحديث٩٣٤ ص٢١٨. (نعيم)

(٧) أي القدوري، وليس في النسخ الصحيحة: "قال". (عيني)

(٨) ذبح.

(٩) فإنه لايحل ذبحه.

(١٠) المجوسي.

(١١) أي ذبحه أو أمره.

(١٢) أي القدوري، وليس في النسخ الصحيحة: "قال". (عيني)

(١٣) قوله: "وإذا غلط رجلان إلخ" هذا شرط؛ لأنه ذكر في النوادر ابن سماعة عن محمد لو تعمد الرجل فذبح

عنهما، ولا ضمان عليهما، وهذا استحسان.

وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه، لا يحل له ذلك، وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الأضحية في القياس، وهو قول زفر، وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح، وهو قولنا.

وجه القياس أنه ذبح[١] شاة غيره بغير أمره، فيضمن كما إذا ذبح[٢] شاة اشتراها[٣] القصاب، وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح؛ لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر[٤].

ويكره أن يبدل بها غيرها[٥]، فصار المالك مستعينًا[٦] بكل من يكون أهلا للذبح آذنًا له دلالة[٧]؛ لأنها[٨] تفوت بمضي هذه الأيام، وعساه[٩] أن يعجز عن إقامتها لعوارض، فصار كما إذا ذبح شاة[١٠] شد القصاب رجلها.

فإن قيل: يفوته أمر مستحب[١١]، وهو أن يذبحها بنفسه، أو يشهد الذبح، فلا يرضى به. قلنا: يحصل له[١٢] به مستحبان آخران صيرورته مضحيًا[١٣] لما عينه، وكونه معجلا به[١٤] فيرتضيه.

أضحية رجل عن رجل، لم يجز عن صاحب الأضحية، ولو أن صاحب الأضحية ضمن الذابح قيمته في العمد جازت الأضحية عن الذابح. (غن)

(١) والتضحية قربة فلا يتأدى بنية غيره. (زيلعي)

(٢) فيضمن.

(٣) لا للأضحية.

(٤) قوله: "حتى وجب عليه [أي على مالكها] أن يضحي بها بعينها في أيام النحر" هذا في نذر الغني، وشراء الفقير. (ك)

(٥) قوله: "ويكره أن يبدل بها غيرها" أي إذا كان غنيًا. (ك)

(٦) أي لما تعينت للذبح فصار إلخ.

(٧) قوله: "آذنًا له [أي إذنا لكل من هو أهل للذبح بالذبح] دلالةً [وهي كالصريح]" الإذن دلالة كالإذن صريحًا، كما في شرب ماء السقاية وذبح شاة، شد القصاب رجلها للذبح؛ لأن الشاة تعينت للذبح بشد الرجل، فيكون راضيًا بالذبح دلالة، مع أنه ربما يعرض له مانع من الذبح، كذا هذا. (كفاية)

(٨) أي الأضحية.

(٩) أي المالك.

(١٠) فلا ضمان.

(١١) أي يفوت المالك.

(١٢) أي للمالك.

(١٣) أي باعتبار نائبه.

ولعلمائنا رحمهم الله تعالى من هذا الجنس مسائل استحسانية، وهى أن من طبخ لحم غيره، أو طحن حنطته، أو رفع جرته[١] فانكسرت، أو حمل على دابته، فعطبت[٢] كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنًا.

ولو وضع المالك اللحم فى القدر[٣]، والقدر على الكانون[٤] والحطب تحته، أو جعل الحنطة فى الدروق[٥]، وربط الدابة عليه[٦]، أو رفع الجرة، وأمالها إلى نفسه، أو حمل على دابته، فسقط[٧] فى الطريق، فأوقد هو[٨] النار فيه فطبخه، أو ساق الدابة[٩] فطحنها[١٠]، أو أعانه[١١] فى رفع الجرة، فانكسرت فيما بينهما، أو حمل[١٢] على دابته ما سقط فعطبت[١٣]، لا يكون[١٤] ضامنًا فى هذه الصور استحسانًا؛ لوجود الإذن دلالةً.

إذا ثبت هذا، نقول فى مسألة الكتاب[١٥]: ذبح كل منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحًا، فهى خلافية زفر بعينها، ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا[١٦]، فيأخذ[١٧] كل واحد منهما مسلوخة[١٨] من صاحبه، ولا يضمنه[١٩]؛ لأنه[٢٠] وكيله

---

(١٤) والتعجيل أفضل وأحب. (غن)

(١) جرة: سبو. (من)

(٢) هلكت الدابة.

(٣) ديگ.

(٤) آتش دان.

(٥) دورق [كجعفر سبوى گوشه دار وپيمانه شراب وآن سه رطل يا چهار رطل بغداديست. من] فى "ديوان الأدب": الدورق مكيال الشراب، وقال ابن دريد: وأما الدورق الذى يستعمل، فأعجمى معرب، كذا فى "الجمهرة"، والمراد به ههنا هو الدلو التى يحطون فيها الحنطة عند الطحن ينزل منها الحنطة إلى قطب الرحى. (غن)

(٦) الدروق.

(٧) المحمول.

(٨) رجل.

(٩) سوق -بالفتح- راندن. (م)

(١٠) حنطة.

(١١) رجل.

(١٢) رجل.

(١٣) الدابة.

(١٤) ذلك الرجل.

(١٥) أى القدورى المذكورة.

(١٦) آنفًا.

فيما فعل دلالة.

فإن كانا قد أكلا، ثم علما[1] فليحلل[2] كل واحد منهما صاحبه، ويجزئهما؛ لأنه[3] لو أطعمه[4] في الابتداء يجوز، وإن[5] كان غنيًا، فكذا له أن يحلله في الانتهاء، وإن تشاحا[6]، فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه، ثم يتصدق بتلك القيمة؛ لأنها بدل عن اللحم، فصار كما لو باع أضحيته[7]، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه، كان اللحم له، ومن أتلف لحم أضحية غيره[8]، كان الحكم ما ذكرناه[9].

ومن غصب شاة، فضحى بها ضمن قيمتها[10]، وجاز عن أضحيته؛ لأنه ملكها بسابق الغصب[11]، بخلاف ما لو أودع شاة[12]، فضحى بها[13]؛ لأنه[14] يضمنه بالذبح، فلم يثبت الملك له[15] إلا بعد الذبح، والله أعلم.

---

(١٧) أي على حكم الاستحسان.
(١٨) شاة مسلوخة.
(١٩) صاحب.
(٢٠) صاحب.
(١) بالغلط.
(٢) تحليل: حلال گردانيدن. (م)
(٣) أي كل واحد.
(٤) صاحب.
(٥) الواو وصلية.
(٦) قوله: "تشاحا" تشاح باهم ديگر حريصى كردن بر كارى تا فوت نشود يقال: تشاح الرجلان على الأمر أي لا يريدان أن يفوتهما. (من)
(٧) قوله: "فصار كما لو باع إلخ" يعني أنه باع أضحيته، واشترى بثمنها غيرها، فلو كان غيرها أنقص من الأولى، تصدق بما فضل على الثانية، ولو لم يشتر به حتى مضت أيام النحر، تصدق بثمنها كله. (ع)
(٨) قوله: "ومن أتلف إلخ" متصل بقوله وأن تشاحا، يعني إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه، ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرنا، وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه. (عناية)
(٩) قوله: "كان الحكم ما ذكرنا" وهو أنه يجب الضمان، ويتصدق آخذ الضمان. (حميدية)
(١٠) قوله: "ومن غصب شاة إلخ" ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه، فإن ضمنه المالك قيمتها يجوز عن الذابح، دون المالك؛ لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه. (زيلعي)
(١١) قوله: "لأنه ملكها [بعد الضمان ملكًا مستندًا]" يعني فكانت التضحية واردة على ملكه. (ع)
(١٢) فلا يجوز.
(١٣) أي المودع.
(١٤) المودع.
(١٥) مودع.

كتاب الكراهية[١]

قال رضي الله تعالى عنه[٢]: تكلموا في معنى المكروه، والمروي عن محمد نصًا أن كل مكروه[٣] حرام، إلا أنه لما لم يجد فيه نصًا قاطعًا[٤] لم يطلق عليه لفظ الحرام[٥]، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه إلى الحرام أقرب[٦]، وهو يشتمل على فصول منها:

فصل في الأكل والشرب

قال أبو حنيفة: يكره لحوم الأتن وألبانها[٧]، وأبوال الإبل، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأبوال الإبل.

وتأويل قول أبي يوسف[٨]: إنه لا بأس بها للتداوي، وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة، والذبائح فلا نعيدها، واللبن متولد من اللحم، فأخذ حكمه[٩].

قال[١٠]: ولا يجوز الأكل والشرب والادّهان والتطيب في آنية[١١] الذهب والفضة للرجال والنساء؛ لقوله عليه السلام[١٢] في الذي يشرب في إناء الذهب

---

(١) قوله: "كتاب الكراهية [هي ضد الرضاء والإرادة لغة، وفي الشرع ما هو المذكور في الكتاب]" أورد الكراهية بعد الأضحية؛ لأن عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل من أصل أو فروع ترد فيه الكراهة، ألا ترى أن في وقت الأضحية في ليالي أيام النحر، وفي التصرف في الأضحية بجز الصوف وحلب اللبن وغيرها من المسائل، كيف تحققت الكراهة، وفي كتاب الكراهية أيضًا. (ن)

(٢) أي المصنف.

(٣) أي حكمًا.

(٤) قوله: "إلا أنه لما لم يجد [محمد] إلخ" أي إذا وجد نصًا يثبت القول في المنصوص بالتحريم، أو التحليل، وفي غير المنصوص يقول في الحل لا بأس، وفي الحرمة أكره أو لم يؤكل. (غن)

(٥) فمنكر الحرام كافر دون منكر المكروه.

(٦) في أن تاركهما يستحق العقاب بالنار.

(٧) قوله: "لحوم الأتن [أتان -بالفتح- ماده خر، أتن فبضمتين جمع. م]" خص الأتن مع شمول الكراهة لحم سائر الحمر، ليستقيم عطف الألبان عليه. (ك)

(٨) قوله: "وتأويل قول أبي يوسف إلخ" والاحتياج إلى التأويل إلى قوله: وأما على قول محمد: فظاهر؛ لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده، نجس عند أبي حنيفة و أبي يوسف. (مل)

(٩) قوله: "فأخذ حكمه" يرد عليه لبن الخيل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب، حيث جعل لبنه حلالا مما لا بأس به، وأكل لحمه محرمًا مع أن لبن الخيل متولد من لحمه، فلا بد من زيادة قيد، وهو أن يقال بعد قوله: فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما؛ لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد، ولا يوجد ذلك في اللبن، فكان شربه مما لا بأس به. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) جمع إناء نحو حمار وأحمرة. (ت)

والفضة: «إنما يجرجر[1] في بطنه نار جهنم[2]»*، وأتى أبو هريرة[3] بشراب في إناء فضة، فلم يقبله، وقال: نهانا عنه رسول الله ﷺ، وإذا ثبت هذا في الشرب، فكذا في الادّهان ونحوه[4]؛ لأنه في معناه[5]؛ ولأنه تشبه[6] بزي[7] المشركين، وتنعم بتنعم المترفين[8] والمسرفين.

وقال في "الجامع الصغير": يكره، ومراده التحريم، ويستوي فيه الرجال والنساء؛ لعموم النهي**، وكذلك الأكل بملعقة[9] الذهب والفضة والاكتحال بميل[10] الذهب والفضة، وكذلك ما أشبه ذلك كالمكحلة[11]، والمرآة[12] وغيرهما؛ لما

---

(١٢) أخرجه مسلم عن أم سلمة. (ت)

(١) قوله: "إنما يجرجر [جرجرة بفتح هر دو جيم گردانيدن چيزى، وگردانيدن صوت در خنجر. م]" الجرجرة بانگ كردن دريختن، فعلى الأول قولنا: نار جهنم -بالرفع- وعلى الثاني -بالنصب-. (حميدية)

(٢) قوله: "نار جهنم" في "المغرب": هذا محفوظنا من الثقات بنصب الراء، ومعناه: يرددها من جرجر الفحل إذا ردّد صوته في خنجرته، وتفسير الأزهري يجرجر أي يحدر يعني يرسل، وأما ما في الفردوس من رفع النار، وتفسير يجرجر بيصوت، فليس بذلك. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٠، والدراية ج٢ ص٢١٨، الحديث ٩٣٥. (نعيم)

(٣) قوله: "وأتى أبو هريرة إلخ" قلت: غريب عن أبي هريرة، وهو في الكتب الستة عن حذيفة، من رواية عبد الرحمن ابن أبي ليلى قال: استقى حذيفة، فسقاه مجوسي في إناء من فضة، فقال: إني سمعت من رسول الله ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحريرة ولاالديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة». (ت)

(٤) من التطيب.

(٥) قوله: "لأنه في معناه" لأن كلا منهما استعمال لها، والمحرم هو الاستعمال، قيل: صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة، ويصب الدهن به على الرأس، وأما إذا أدخل يده فيها، وأخذ الدهن، ثم صبه على الرأس لايكره.

قال صاحب "النهاية": كذا ذكره صاحب "الذخيرة" في "الجامع الصغير"، وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة، فإن الكحل لا بد أن ينفصل عنها حين الاكتحال، ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات. (ع)

(٦) وقال عليه السلام: «من تشبه بقوم فهو منهم».

(٧) زي -بالكسر- پوشش وهيئت.

(٨) قوله: "المترفين [إتراف: بسيار نعمت دادن وگمراه گردانيدن نعمت كسى را. م]" أي المنعمين، يقال: أترفه أي نعمه وأترفه النعمة أي أطعمته، كذا في "الديوان". (غن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٠، والدراية ج٢ ص٢١٨، الحديث ٩٣٦. (نعيم)

(٩) بالكسر: چمچه.

(١٠) بالكسر: ميل سرمه. (م)

(١١) سرمه دان، وقلم ودوات. (در مختار) المكحلة بضمتين وعاء الكحل. (مغرب)

(١٢) قوله: "والمرآة [آئينه]" قال أبو حنيفة: لا بأس بحلقة المرآة من الفضة [إذا] كانت المرآة حديدا، وقال أبو يوسف: لا خير فيه. (تاترخانية، رد المحتار)

ذكرنا[١].

قال[٢]: ولا بأس باستعمال آنية الرصاص[٣] والزجاج[٤] والبلور والعقيق[٥].

وقال الشافعي: يكره؛ لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به، قلنا: ليس كذلك؛ لأنه ما كان من عادتهم[٦] التفاخر بغير الذهب والفضة.

قال[٧]: ويجوز الشرب في الإناء المفضّض[٨] عند أبي حنيفة[٩]، والركوب على السرج المفضّض، والجلوس على الكرسى المفضّض، والسرير المفضّض إذا كان يتقي موضع الفضة، ومعناه يتقي موضع الفم.

وقيل: هذا[١٠] وموضع اليد في الأخذ، وفي السرير والسرج[١١] موضع الجلوس، وقال أبو يوسف: يكره ذلك، وقول محمد: يروى مع أبي حنيفة، ويروى مع أبي يوسف. وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة[١٢]، والكرسى المضبب بهما، وكذا إذا جعل ذلك[١٣] في السيف والمشحذ[١٤] وحلقة المرآة[١٥]، أو

---

(١) قوله: "لما ذكرنا" إشارة بذلك إلى قوله تشبه بزى المشركين. (غاية البيان)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "الرصاص" بالفتح: ارزيز وآن دو قسم است سفيد كه آن را قلعي گويند وسياه كه آن را سرب گويند. (منتخب)

(٤) شيشه. (م)

(٥) قوله: "والبلور [سنگي است معروف. م] والعقيق [العقيق كأمير: خرز أحمر. (رد المحتار) [مهره ايست سرخ ومخطط كه از جانب يمن آرند. م]" ويجوز استعمال الأواني من الصفر؛ لما روى عن عبد الله ابن بريدة أنه قال: أتانا رسول الله ﷺ فأخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضأ، رواه البخاري وأبو داود وغيرهما. (زيلعي)

(٦) مشركين.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "في الإناء المفضّض [أي المرصع بالفضة يعني سيم كوفته]" أي المزوق بفضة، كذا في "الدرالمختار"، وقال في رد المحتار نقلا عن "القاموس": يقال: لكل منقش ومزين مزوق. (مل)

(٩) قوله: "عند أبي حنيفة" روى أن هذه المسألة وقعت في مجلس أبي جعفر الدوانقي وأبو حنيفة وأئمة عصره حاضرون، فقالت الأئمة: يكره، وأبو حنيفة ساكت، فقيل له: ما تقول، فقال: إن وضع فاه في موضع الفضة يكره، وإلا فلا، فقيل له: من أين ذلك، فقال: أرأيت لو كان في إصبعه خاتم فضة، فشرب من كفه أيكره ذلك فوقف الكل، وتعجب أبو جعفر من جوابه. (زيلعي)

(١٠) أي يتقي موضع الفم وموضع اليد أيضًا.

(١١) يتقي.

(١٢) قوله: "المضبب [تضبيب ضباب ساختن، برائى دردِ ضباب الباب آهن مسمار در، كذا في "منتهى الأرب"]" أي المشدد، يقال: باب مضبب أي مشدود بالضباب جمع الضبة، وهي الحديدة العريضة التي يضبب بها، ومنه ضبب أسنانه بالفضة إذا شدها بها، وفي "الذخيرة" الذهب العريض، أو الفضة العريضة يجعل على وجه الباب، وما أشبه ذلك.

جعل المصحف مذهبًا، أو مفضضًا[١]، وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب[٢] والثفر[٣] إذا كان مفضضًا، وكذا الثوب فيه كتابة بذهب، أو فضة[٤] على هذا[٥]، وهذا الاختلاف فيما يخلص[٦]، فأما التمويه[٧] الذى لا يخلص[٨]، فلا بأس به بالإجماع[٩]. لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء، فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة. ولأبى حنيفة أن ذلك[١٠] تابع، ولا معتبر بالتوابع، فلا يكره[١١] كالجبة المكفوفة[١٢] بالحرير[١٣]، والعلم فى الثوب[١٤]، ومسمار الذهب فى الفص[١٥]

قال[١٦]: ومن أرسل أجيرًا له مجوسيًا أو خادمًا[١٧]، فاشترى لحمًا فقال:

---

(١٣) قوله: "وكذا [أى على هذا الخلاف] إذا إلخ" أى لو جعله أى التفضيض فى نصل سيف وسكين، أو فى قبضتهما، أو لجام، أو ركاب، ولم يضع يده موضع الذهب الفضة. (درمختار)

(١٤) المشحذ المسن –بالكسر– سنگى كه بآن كارد وتيغ تيز كنند. (م)

(١٥) قوله: "وحلقة المرآة" والمراد حلقة المرآة التى تكون حوالى المرآة لا ما يأخذ المرآة بيدها، فذلك مكروه اتفاقًا. (ك)

(١) قوله: "أو جعل المصحف إلخ" قال فى "غرر الأفكار": يجتنب فى المصحف ونحوه موضع الأخذ وفى السرج ونحوه موضع الجلوس، وفى الركاب موضع الرجل، وفى الإناء موضع الفم، وقيل:و موضع الأخذ أيضًا، ويجتنب فى النصل والقبضة واللجام موضع اليد، فالحاصل أن المراد الاتقاء بالعضو الذى يقصد به الاستعمال. (رد المحتار)

(٢) بالكسر: چيزيكه بر زين بندند تا پاى دران نهند.

(٣) الثفر –بفتحتين– ما يجعل تحت ذنب الدابة. (ع)

(٤) قوله: "وكذا الثوب إلخ" سيأتى أن المنسوج بذهب يحل إن كان مقدار أربع أصابع، تأمل. (رد المحتار)

(٥) الخلاف.

(٦) يخلص [بالإذابة. غن] أى جدا كردن طلا ونقره بغير عمل ممكن باشد.

(٧) ملمع ساختن، اى چيزى را از زر ونقره اندود كردن. (م)

(٨) بالإذابة. (غن)

(٩) لأنه مستهلك، فلا عبرة ببقاءه لونا. (رد المحتار)

(١٠) أى التفضيض ونحوه إذا لم يستعمل بخصوصه.

(١١) فإن كلها يجوز لأنه تابع.

(١٢) قوله: "كالجبة المكفوفة [كف دو پاره دوختن جامه را بر يک ديگر]" يقال: ثوب مكفوف لما كف جيبه وأطراف كميه بشيء من الديباج، وقد صح أن النبى ﷺ لبس جبة أطرافها من الديباج. (ك)

(١٣) أى سنجاف از حرير باشد.

(١٤) قوله: "والعلم [نقش ونگار] فى الثوب" علم الثوب رقمه، وهو الطراز، كما فى "القاموس"، والمراد به ما كان من خالص الحرير نسجا، أو خياطة. (رد المحتار)

(١٥) قوله: مسمار [ميخ] الذهب فى الفص [نگينه].

(١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

اشتريته من يهودي، أو نصراني، أو مسلم وسعه أكله؛ لأن قول الكافر مقبول في المعاملات[١]؛ لأنه خبر صحيح؛ لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب[٢]، والحاجة ماسة إلى قبوله؛ لكثرة وقوع المعاملات، وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه[٣]، معناه[٤] إذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم؛ لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة.

قال[٥]: ويجوز أن يقبل في الهدية[٦] والإذن[٧] قول العبد والجارية والصبي؛ لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء، وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب[٨] في الأرض، والمبايعة في السوق، فلولم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج. وفي "الجامع الصغير": إذا قالت جارية لرجل: بعثني مولاي إليك هدية، وسعه أن يأخذها[٩]؛ لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها، أو نفسها؛ لما قلنا[١٠].

قال[١١]: ويقبل في المعاملات قول الفاسق[١٢]، ولا يقبل في الديانات إلا قول

(١٧) أي خادماً مجوسياً.

(١) قوله: "مقبول إلخ" لا يقال: كان ينبغي أن لا يقبل قوله؛ لأنه إخبار بأن هذا لحم حلال والحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل، والمجوسي ليس بعدل؛ لأنا نقول: إنه إخبار بالشراء من يهودي، أو نصراني، أومسلم، وإنه من المعاملات، وإنما يثبت الحل في ضمنه.

وكذلك لو قال: اشتريته من غيرهم إثبات الحرمة فيه ضمني، فلما قبل قوله في الشراء يثبت ما في ضمنه؛ لأنه كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، كوقف المنقول ضمناً بغير المنقول، وكبيع الشرب وغيره. (كفاية)

(٢) لأن الكذب حرام في الأديان كلها.

(٣) يعني إذا قال الأجير المجوسي: اشتريته من مجوسي كان حراماً. (غن)

(٤) أي معنى قول محمد. (عيني)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) أي قال العبد، أو الجارية، أو الصبي: إن هذه هدية أرسلها بيدي فلان.

(٧) قوله: "والإذن [في التجارة]" أي قال العبد، أوالجارية، أو الصبي: إنه أذن لي في التجارة.

(٨) أي السفر.

(٩) جارية.

(١٠) قوله: "لما قلنا [إشارة إلى قوله: لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء. ك]" إشارة إلى قوله: فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج. (من)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "ويقبل في المعاملات إلخ" وأصله أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز، حراً كان أو عبداً، مسلما كان أو كافرا، كبيراً كان أو صغيراً؛ لعموم الضرورة، فإن الإنسان قلما يجد المستجمع بشرائط العدالة ليعامله، أو يستخدمه، ويبعثه إلى وكلاءه ونحو ذلك، ولا دليل مع السامع سوى الخبر.

العدل[١]، ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس، فلو شرطنا شرطًا زائدًا[٢] يؤدى إلى الحرج، فيقبل قول الواحد فيها[٣]، عدلا كان أو فاسقًا، كافرًا كان أو مسلمًا، عبدًا كان أو حرًا، ذكرًا كان أو أنثى؛ دفعًا للحرج.

أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات، فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط، فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل؛ لأن الفاسق متهم[٤]، والكافر لا يلتزم الحكم، فليس له أن يلزم[٥] المسلم.

بخلاف المعاملات؛ لأن الكافر لا يمكنه المقام فى ديارنا إلا بالمعاملة، ولا يتهيأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها، فكان فيه ضرورة[٦] فيقبل، ولا يقبل فيها[٧] قول المستور[٨] فى ظاهر الرواية.

وعن أبى حنيفة أنه يقبل قوله فيها[٩] جريًا على مذهبه[١٠] أنه يجوز القضاء به، وفى ظاهر الرواية[١١] هو والفاسق فيه سواء، حتى يعتبر فيهما[١٢] أكبر الرأى.

قال[١٣]: ويقبل فيها[١٤] قول العبد والحر والأمة إذا كانوا عدولا؛ لأن عند العدالة

ولأن المعاملات ليس فيها إلزام، واشتراط العدالة للإلزام، فلا معنى لاشتراطها فيها؛ لأن الحال فيها حال مسالمة لاحال منازعة؛ ولأن المعاملات يكثر إلخ، فإذا قبل فيها قول المميز، وكان فى ضمن قبوله فيها قبوله فى الديانات يقبل فى الديانات ضمنًا ضرورة، وكم من شيء لا يصح قصدا يضح ضمنًا؛ ولأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة، فلو لم يثبت فيها فى ضمن المعاملات لأدى إلى الحرج، بخلاف الديانات المقصودة. (زيلعى)

(١) المسلم.

(٢) كالعدالة.

(٣) أى فى المعاملات.

(٤) قوله: "لأن الفاسق متهم" لأنه يرتكب الكبائر، فجاز أن يرتكب الكذب. (كافى)

(٥) الحكم.

(٦) أى فى قبول قوله فى المعاملات.

(٧) أى فى الديانات. (ع)

(٨) وهو الذى لم يعلم عدالته ولا فسقه. (ك)

(٩) ديانات.

(١٠) قوله: "جريًا على مذهبه أنه يجوز القضاء" أى يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى الشاهد عند أبى حنيفة إذا لم يطعن الخصم، والصحيح أن المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة، حتى تظهر عدالته. (ك)

(١١) قوله: "وفى ظاهر الرواية إلخ" وظاهر الرواية أصح؛ لأنه لا بد من أحد شطرى الشهادة، وقد سقط اعتبار العدد، فبقى اعتبار العدالة. (عناية)

(١٢) قوله: "حتى يعتبر فيهما" أى فى الفاسق والمستور إذا أخبرا بنجاسة الماء. (عناية)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) ديانات.

الصدق راجح، والقبول لرجحانه[١]، فمن المعاملات ما ذكرنا[٢]، و منها التوكيل، ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء، حتى إذا أخبره[٣] مسلم مرضى[٤] لم يتوضأ به ويتيمم، ولو كان المخبر[٥] فاسقًا، أو مستورًا تحرى، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به.

وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط، ومع العدالة يسقط احتمال الكذب[٦]، فلا معنى للاحتياط بالإراقة، أما التحرى فمجرد ظن[٧]، ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم؛ لترجح جانب الكذب بالتحرى، وهذا[٨] جواب الحكم، فأما فى الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء؛ لما قلنا[٩].

ومنها الحل والحرمة[١٠]، إذا لم يكن فيه زوال الملك، وفيها تفاصيل وتفريعات، ذكرناها فى "كفاية المنتهى".

قال[١١]: ومن دُعى إلى وليمة[١٢]، أو طعام، فوجد ثمة لعبًا، أو غناء[١٣]، فلا

---

(١) صدق.

(٢) كالشراء والإذن.

(٣) بنجاسة الماء.

(٤) عدل.

(٥) بنجاسة الماء.

(٦) قوله: "مع العدالة إلخ" يعنى إذا أخبر عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير إراقة الماء؛ لسقوط احتمال الكذب مع العدالة، وأما التحرى إلخ. (كفاية)

(٧) فلا بد فيه من الاحتياط بالإراقة.

(٨) أى الوضوء وعدم التيمم.

(٩) إشارة إلى قوله: أما التحرى فمجرد ظن، فكان فيه احتمال الخطاء، وإن لم يترجح أحد الجانبين، فالأصل هو الطهارة. (ك)

(١٠) قوله: "ومنها الحل والحرمة إلخ" يقبل فيهما خبر الواحد العدل إذا لم يتضمن زوال الملك، كالإخبار بحرمة الطعام والشراب، يقبل قول العدل، فلا يحل الأكل ولا الطعام؛ لأنها حق الله، فيثبت بخبر الواحد، ولا يخرج عن ملكه؛ لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك.

وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل، كما إذا أخبر رجل، أو امرأة عدل للزوجين، بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة لا يقبل، بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين؛ لأن الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور، فكان متضمنًا لزوال الملك.

فإن قيل: قد تقدم قوله؛ لأنه لما قبل قوله أى قول المجوسى فى الحل، أولى أن يقبل فى الحرمة، وهو يدل على أن العدالة فى الخبر بالحل والحرمة غير شرط، فكان كلامه متناقضًا، وأجيب: بأن ذلك كان ضمنًا، وكم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا، فلا تناقض؛ لأن المراد ههنا ما كان قصدًا. (عناية)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٢) الوليمة قيل: طعام العرس. (ع)

بأس بأن يقعد ويأكل، قال أبو حنيفة: ابتليت بهذا مرة فصبرت، وهذا لأن إجابة الدعوة سنة، قال عليه السلام: «من لم يجب الدعوة[١] فقد عصى أبا القاسم»*، فلا يتركها[٢] لما اقترنت بها من البدعة[٣] من غيره، كصلاة الجنازة واجبة الإقامة[٤]، وإن[٥] حضرتها نياحة[٦]، فإن قدر[٧] على المنع منعهم[٨]، وإن لم يقدر يصبر.

وهذا إذا لم يكن[٩] مقتدى، فإن كان[١٠] ولم يقدر على منعهم يخرج، ولا يقعد؛ لأن في ذلك شين الدين[١١]، وفتح باب المعصية على المسلمين[١٢]، والمحكى عن أبي حنيفة في "الكتاب[١٣]" كان قبل أن يصير مقتدى، ولو كان ذلك[١٤] على المائدة[١٥] لا ينبغي أن يقعد، وإن[١٦] لم يكن مقتدى؛ لقوله تعالى: ﴿فلا تقعد بعد

---

(١٣) الغناء بالكسر السماع. (ع)

(١) قوله: "من لم يجب الدعوة إلخ" قلت: أخرج مسلم بمعناه في النكاح عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويدعى إليها من يأباها ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٢١، والدراية ج٢ ص٢١٨، الحديث٩٣٧. (نعيم)

(٢) دعوت.

(٣) بيان ما.

(٤) قوله: "كصلاة الجنازة" قيل عليه أنه قياس السنة على الفرض، وهو غير مستقيم؛ فإنه لايلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة.

وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب؛ لورود الوعيد على تاركها، قال عليه السلام: «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»، ويجوز أن يقال: وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة. (ع)

(٥) الواو وصلية.

(٦) بالكسر: زارى كردن. (م)

(٧) المدعو.

(٨) قوله: "منعهم إلخ" ليكون عملا بقوله عليه السلام: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده» الحديث. (ع)

(٩) المدعو.

(١٠) مقتدى.

(١١) قوله: لأن في ذلك [قعود] شين الدين [بالفتح عيب. م]" لأن المقتدى إمام في الدين، وفعل إمام الدين على خلاف الدين استخفاف بالدين في نظر الناظرين. (أعظمى)

(١٢) قوله: "وفتح باب المعصية إلخ" فإنه ربما يعتقد البعض الحل حين يراه ساكتا، يصنع ذلك بين يديه، فيكون فيه فتح باب المعصية على المسلمين. (كافى)

(١٣) أي الجامع الصغير. (عينى)

(١٤) أي هذا إذا كان الغناء واللعب في ذلك المنزل لا المائدة، ولو كان ذلك إلخ".

(١٥) مائدة خوان آراسته بطعام، فإذا لم يكن عليه طعام فهي خوان. (من)

الذكرى مع القوم الظالمين﴾[١].

وهذا كله بعد الحضور، ولو علم[٢] قبل الحضور لا يحضر؛ لأنه لم يلزمه حق الدعوة[٣]، بخلاف ما إذا هجم عليه[٤]؛ لأنه قد لزمه[٥]، ودلت المسألة[٦] على أن الملاهى كلها حرام[٧]، حتى التغنى بضرب القضيب[٨]، وكذا[٩] قول أبي حنيفة[١٠]: ابتليت؛ لأن الابتلاء بالمحرم يكون[١١].

فصل في اللبس[١٢]

قال[١٣]: لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء؛ لأن النبى عليه السلام نهى[١٤] عن لبس الحرير[١٥] والديباج، وقال: «إنما يلبسه من لا خلاق له في

---

(١٦) الواو وصلية.

(١) أى تذكر النهى. (طحطاوى)

(٢) المدعو اللعب والغناء.

(٣) قوله: لأنه لم يلزمه حق الدعوة" لأن إجابة الدعوة إنما يلزم إذا كانت الدعوة على وجه السنة، وهذا إذا كانوا لا يتركون بحضوره، وإن كانوا يتركون احتشاماً له واحتراماً له يحضر؛ لأن حضوره يكون من باب النهى عن المنكر. (ك)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا هجم [هجوم ناگاه برسر چيزى در آوردن. م] عليه" أى أتى بغتة على اللعب، أو الغناء من غير علم بذلك حين دعى إلى الوليمة. (مل)

(٥) ولم يلتزمه.

(٦) قوله: ودلت المسألة إلخ" لأن محمدا أطلق اسم اللعب والغناء بقوله: فوجد ثم اللعب والغناء؛ فاللعب وهو اللهو حرام بالنص، قال عليه السلام: «لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث تأديبه فرسه»، وفي رواية: «ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله»، وهذا الذى ذكره ليس من هذه الثلاث، فكان باطلا، ثم الكلام فى الغناء.

قال بعضهم: دلت المسألة على أن مجرد الغناء والاستماع إليه معصية؛ لقوله عليه السلام: «استماع الملاهى معصية والجلوس عليه فسق والتلذذ بها من الكفر»، وإنما قال ذلك على سبيل التشدد، وإن سمع بغتةً، فلا إثم عليه، ويجب عليه أن يجتهد كل الجهد، حتى لا يسمع. (ك)

(٧) قوله: "على أن الملاهى إلخ" ومن ذلك ضرب النوبة للتفاخر، فلو للتنبيه، فلا بأس به، كما إذا ضرب فى ثلاثة أوقات لتذكير ثلث نفخات الصور المناسبة بينهما، فبعد العصر للإشارة إلى نفخة الفزع، وبعد العشاء إلى نفخة الموت، وبعد نصف الليل إلى نفخة البعث. (در مختار)

(٨) كأمير: شاخ درخت. (من) عنى به خشب الحارس. (ك)

(٩) معطوف على قوله: دلت المسألة. (ع)

(١٠) أى دال على أن الملاهى إلخ.

(١١) قوله: "لأن الابتلاء بالمحرم [لا بغير المحرم] يكون" قال مشايخنا: استماع القرآن بالإلحان معصية، والتالى والسامع آثمان. (كافى)

(١٢) لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية، ذكر تفصيل ما يحتاج إليه الإنسان، وقدم اللبس لكثرة الحاجة إليه. (ع)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(١٤) قوله: "نهى عن لبس إلخ" قلت: هما حديثان: الأول: أخرجه الجماعة عن حذيفة قال: سمعت رسول الله

الآخرة»*، وإنما حل للنساء[٢] بحديث آخر[٣]، وهو ما رواه عدة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم، منهم على رضى الله تعالى عنه، أن النبى ﷺ خرج[٤] وبإحدى يديه حرير، وبالأخرى ذهب، وقال: «هذان محرمان على ذكور أمتى حلال لإناثهم»**.

ويروى حل لإناثهم[٥]، إلا أن القليل عفو، وهو مقدار[٦] ثلاثة أصابع[٧] أو أربعة كالأعلام[٨] والمكفوف[٩] بالحرير؛ لما روى***: «أنه عليه السلام[١٠] نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة»[١١] أراد الأعلام، وعنه عليه السلام: «أنه كان يلبس جبة مكفوفة[١٢] بالحرير»****.

ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحريرة ولا الديباج». والثاني: أخرجه البخارى ومسلم أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنهما رأى حلة سيراء عند باب المسجد، فقال: يارسول الله! لو اشتريت هذه فلبستها يوم الجمعة وللوفد إذا قدموا عليك، فقال رسول الله ﷺ: «إنما يلبس الحرير فى الدنيا من لا خلا ق له فى الآخرة». (مل)

(١.٥) قوله: "الحرير [معرب ديبا. م]" الإبريسم المطبوخ، سمى الثوب المتخذ منه حريراً، وفى جمع التفاريق الحرير ما كان مصمتاً، أو لحمته حريراً، والديباج الثوب الذى سداه ولحمته إبريسم، وعندهم اسم للمنقش. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٢، والدراية ج٢ ص٢١٨، الحديث٩٣٨. (نعيم)

(٢) قوله: وإنما حل للنساء إلخ" لما ذكر الحرمة والحل، فاستدل على الحرمة بقوله عليه السلام: «إنما يلبسه من لا خلا ق له فى الآخرة»، وهو عام فى الذكر والأنثى، لزم أن يقول: وإنما حل للنساء بحديث آخر. (عناية)

(٣) قوله: "بحديث آخر [متأخر عن الأول]" الدليل دل على أن مقتضى الحل للإناث متأخر، وهو استعمال الإناث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، وهذا آية قاطعة على تأخره. (ك)-

(٤) قوله: خرج وبإحدى يديه إلخ" رواه الطبرانى فى "معجمه" عن عبد الله بن عمرو قال: خرج النبى ﷺ وفى إحدى يديه ثوب من حرير، وفى الأخرى ذهب، فقال: «إن هذين محرم على ذكور أمتى حل لإناثهم»، انتهى. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٢، والدراية ج٢ ص٢١٩، الحديث٩٣٩. (نعيم)

(٥) قوله: "ويروى إلخ" وقال بعض الفقهاء: هو حرام عليهن لعموم النهى. (ك)

(٦) فى العرض.

(٧) أى مضمومة لا منثورة.

(٨) قوله: "كالأعلام" علم الثوب رقمه، وهو الطراز كما فى القاموس، والمراد به ما كان من خالص الحرير نسجا أو خياطة. (رد المحتار)

قوله: "كالأعلام" وفى "السير الكبير": أن العلم حلال مطلقاً، سواء كان صغيراً أو كبيراً، ومن الناس من حرم ذلك؛ لعموم النهى. (ك)

(٩) أى سنجاف دوخته شده.

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٥، والدراية ج٢ ص٢٢٠، الحديث٩٤٠. (نعيم)

(١٠) قلت: أخرجه مسلم عن عمر بن الخطاب.

(١١) كذا قال أبو عثمان: كذا قال الزيلعى.

قال[١] : ولا بأس بتوسده[٢]، والنوم عليه عند أبى حنيفة، وقالا : يكره[٣]، وفى "الجامع الصغير" : ذكر قول محمد وحده، ولم يذكر قول أبى يوسف، وإنما ذكره القدورى وغيره من المشايخ، وكذا الاختلاف فى ستر الحرير[٤]، وتعليقه على الأبواب، لهما العمومات[٥]؛ ولأنه من زِىّ الأكاسرة[٦] والجبابرة، والتشبه بهم حرام. وقال عمر رضى الله تعالى عنه* : "إياكم وزِىّ الأعاجم[٧]"، وله ما روى[٨] : «أنه عليه السلام جلس على مِرفقة[٩] حرير» **وقد كان على بساط[١٠] عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما مِرفقة[١١] حرير[١٢]***؛ ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام، فكذا القليل من اللبس[١٣] والاستعمال، والجامع كونه

---

(١٢) أى مكفوفة الجيب والكمين، كذا رواه أبو داود.

**** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٦، والدراية ج٢ ص٢٢٠، الحديث٩٤١. (نعيم)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) توسد: بالش كردن چيزى را. (م)

(٣) يعنى للرجل والمرأة جميعًا بخلاف اللبس. (ك)

(٤) پرده، أى فى تعليقه على الجدر. (ك)

(٥) قوله: "لهما العمومات" يريد به قوله: نهى عن لبس الحرير، وقوله: إنما يلبسه من لا خلا ق له فى الآخرة. (م)

(٦) قوله: "زِىّ [بالكسر: جامة ولباس] الأكاسرة إلخ" الأكاسرة جمع كسرى -بفتح الكاف وكسرها- وهو اسم كل من ملك فارس من العجم، والجبابرة جمع جبار، وهو المتكبر. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٦ تحت الحديث السابع، والدراية ج٢ ص٢٢٠، الحديث٩٤٢. (نعيم)

(٧) هذا تحذير.

(٨) قلت: غريب جداً. (ت)

(٩) بكسر الميم: وسادة الاتكاء.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٧، والدراية ج٢ ص٢٢٠ تحت الحديث٩٤٢. (نعيم)

(١٠) فراش.

(١١) بالكسر: بالش، وسادة الاتكاء. (ك)

(١٢) رواه ابن سعد فى "الطبقات". (ت)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٧ تحت الحديث الثامن، والدراية ج٢ ص٢٢٠ تحت الحديث٩٤٢. (نعيم)

(١٣) قوله: "فكذا القليل إلخ" فإن قيل: الجلوس على كرسى الفضة لا يحل، و لا يحل افتراشه، وقد حل القليل منه، وهو لبس الخاتم، قلنا: ما أطلقنا القليل إلا ليكون نموذجا، فإذا انقلب مقصودا بقى حرامًا كالخمر، وهذا ؛ لأن الحرير لباس أهل الجنة، قال الله تعالى: ﴿ولباسهم فيها حرير﴾ فوجب إطلاق القليل منه، وهو العلم، والقليل من لُبسه وهو الافتراش؛ ليكون نموذجًا إلى ذلك الكثير الكامل.

فأما الفضة فلا يكون لباسًا فى الدار الآخرة، وإنما يكون منها الكرسى ونحوها، فلو أطلقناه لصار عينها مطلقًا، عين الشيء لا يصلح نموذجًا. (ك)

نموذجًا[1] على ما عرف.

قال[2]: ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما؛ لما روى الشعبي رحمه الله تعالى أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب*؛ ولأنه فيه ضرورة، فإن الخالص منه أدفع[3] لمعَرّة[4] السلاح، وأهيب في عين العدو لبريقه[5]. ويكره عند أبي حنيفة؛ لأنه لا فصل فيما روينا[6]، والضرورة اندفعت بالمخلوط، وهو الذي لحمته[7] حرير، وسَدَاه[8] غير ذلك، والمحظور لا يستباح إلا لضرورة[9]، وما رواه محمول على المخلوط[10].

قال[11]: ولا بأس بلبس ما سَدَاه حرير ولُحمته غير حرير، كالقطن والخزّ[12] في الحرب وغيره؛ لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم[13] كانوا يلبسون الخزّ**، والخز

(١) قوله: "كونه نموذجًا [نمونه]" النموذج -بفتح النون- معرب بمعنى الأنموذج، بضم الهمزة، يعني أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة؛ ليرغب في تحصيل سبب يوصل إليه. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٧، والدراية ج٢ ص٢٢١، الحديث٩٤٣. (نعيم)

(٣) أي دافع ترست محنت وسختی سلاح را، وهيبت پيدا ميكند در چشم عدو. (ترجمه)

(٤) معرة -بالفتح وتشديد راء- أي شدته شر وضرر. (م)

(٥) بريق درخشيدن. (م)

(٦) يريد به قوله عليه السلام: «هذان محرمان على ذكور أمتي». (ع)

(٧) بانا، پودجامه.

(٨) تانا، تارجامه خلاف پود. (م)

(٩) قوله: "والمحظور لايستباح إلا لضرورة" مرتبط بالمقدمة السابقة عليها، وهي قوله: والضرورة اندفعت بالمخلوط، والمعنى أن المحظور لا يستباح إلا لضرورة، والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك، فلا مجال لاستباحة الخالص منه، فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف متقدمة في المعنى، إلا أنها أخرها في الذكر؛ لكون مساس المقدمة الأولى بدليلهما العقلي أكثر، وتاثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر. (نت)

(١٠) قوله: "وما رواه محمول إلخ" أقول: فيه نظر؛ لأن ما رواه ترخيص النبي ﷺ في لبس الحرير والديباج في الحرب، والحمل على المخلوط إن صح في الحرير لا يصح في الديباج؛ لأن الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرًا، قال في "المغرب" الديباج الذي سداه ولحمته إبريسم. (نت)

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٢) قوله: "والخزّ [هو اسم دابة سمي المتخذ من وبره خزًا. مصفى]" هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان يكون في الماء. (ك)

قوله: "والخزّ" خز در اصل دابه بحريست بعد ازان جامه كه از ريشم آن بافتند، نيز گويند. (م)

(١٣) كأنس وعمران بن حصين وغيرهما، كذا قال الزيلعي.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٧ تحت الحديث التاسع، والدراية ج٢ تحت الحديث٩٤٣ ص٢٢١. (نعيم)

مُسْدى بالحرير[١]؛ ولأن الثوب[٢] إنما يصير ثوبًا بالنسج، والنسج باللحمة، فكانت هى المعتبرة[٣] دون السَّدى، وقال أبو يوسف[٤]: أكره ثوب القَزّ[٥] يكون بين الفرو[٦] والظهارة[٧]، ولا أرى بحشو القز[٨] بأسًا؛ لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس[٩].

قال[١٠]: وما كان لحمته حريرًا، وسداه غير حرير لا بأس به فى الحرب للضرورة، ويكره في غيره؛ لانعدامها[١١]، والاعتبار للحمة على ما بينا[١٢]، قال[١٣]: ولا يجوز للرجال التحلّى[١٤] بالذهب؛ لما روينا[١٥]، ولا

(١) أسدي الثوب: بافت جامه را. (من)

(٢) قوله: "ولأن الثوب إلخ" أى الثوب يصير للحمة؛ لأنه إنما يصير ثوبًا بالنسج، والنسج بتركيب اللحمة، فكانت اللحمة كالوصف الأخير، فيضاف الحكم إليه. (بدائع)

(٣) قوله: "هى المعتبرة" لما عرف أن العبرة فى الحكم لآخر وصفى العلة. (ك)

(٤) قوله: "وقال أبو يوسف" گفت است أبو يوسف كه ميان تہى از جامئى قز كه نوعى از ابريسم ست مكروه است. (ترجمة)

(٥) ثوب القز –بالفتح وتشديد زاى– ابريشم جام. (م)

(٦) پوستين.

(٧) ابره، نقيض البطانة. (ديوان)

(٨) بالفتح: چيزى كه بالش وجز آن بدان آگنده كنند. (م)

(٩) قوله: "لأن الثوب إلخ" أى لأن الثوب إذا كان بين الثوبين فهو ملبوس، ولبس الحرير لا يجوز للرجال، فأما الحشو فليس بملبوس. (ك)

(١٠) أى محمد.عينى)

(١١) ضرورة.

(١٢) قوله: "على ما بينا" إشارة إلى قوله: لأن الثوب إنما يصير ثوبًا بالنسج. (ع)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "ولا يجوز للرجال التحلى" [التزين] أقول: قد جرى الرواج بين العوام كالأنعام، بل الخواص كالعوام، استعمال النعال المغفقة بنقوش الذهب والفضة، وقد سئلت عنه كثيرًا، فاجبته، بأن النعال أيضًا من جملة الثياب الملبوسة، ولهذا يقال له فى الفارسية پاپوش، فحكمه حكمها.

فمقدار الحرير والذهب والفضة الذى يجوز استعماله فى الثياب كالعمامة والقميص وغيرها يجوز استعمال ذلك القدر فيه أيضًا، وهو مقدار أربعة أصابع على طرف الثوب، والنقوش المتفرقة فى الوسط، على ما هو مبسوط فى محله.

وسئل عن هذه المسألة بعض من قبلنا فى سنة ١٢٣٦، فأفتى بأن النعل الكذائى من جملة الحلى، فيحرم استعماله على الرجال والنساء، ولا يخفى عليك ما فيه، فاستقم ولا تزل، وزيادة التحقيق فى هذا البحث فى رسالتى "غاية المقال فيما يتعلق بالنعال" فارجع إليها. (مولوى محمد عبد الحى رحمه الله تعالى)

(١٥) قوله: لما روينا" من قوله عليه السلام: «هذان حرامان على ذكور أمتى» فإن قيل: قوله عليه السلام: «هذان حرامان على ذكور أمتى»؛ لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى: ﴿قل من حرم زينة الله التى أخرج﴾ الآية

بالفضة؛ لأنها في معناه[١]، إلا بالخاتم[٢] والمنطقة[٣] وحلية[٤] السيف من الفضة؛ تحقيقًا لمعنى النموذج[٥] والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد، كيف؟ وقد جاء في إباحة ذلك آثار[٦].

وفي "الجامع الصغير"[٧]: ولا يتختم إلا بالفضة، وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر[٨] حرام، ورأى رسول الله ﷺ[٩] على رجل خاتم صفر،

ولا يقيده؛ لأن التقييد نسخ، فالجواب أنه مشهور متفق عليه، تلقته الأمة بالقبول، فجاز التقييد به. (ع)

(١) ذهب.

(٢) قوله: "إلا بالخاتم" وفي "الاختيار": من أن يكون الخاتم على قدر مثقال فما دونه، وفي "رد المحتار" قدر درهم، والمنطقة في عيون الأثر لأبي الفتح اليعمرى، ويقال له: ابن سيد الناس، إن النبي ﷺ كان له منطقة من أديم مبثور، أي مقشور ثلث حلقها وإبزيمها وطرفها فضة، والإبزيم الذي في رأس المنطقة ونحوها، كذا في شرح "النقاية" لعلي القاري. وفي "رد المحتار" عامة عبارتهم مطلقة، لكن في "القنية" لا بأس باستعمال منطقة حلقتاها فضة، ولا بأس إذا كان قليلا، وإلا فلا، وفي "الظهيرية" وعن أبي يوسف لا بأس بأن يجعل في أطراف سيور اللجام والمنطقة الفضة، ويكره أن يجعل جميعه أو عامته الفضة، فتأمل، انتهى. وحلية السيف والشرط أن لايضع يده على موضع الفضة، كذا في "رد المحتار" وفي لفظ "النسائي" كان نعل سيف رسول الله ﷺ من فضة، وقبيعة سيفه وما بين ذلك حلق من فضة، والقبيعة بالقاف فموحدة، ثم ياء تحتية، ثم مهملة على وزن سفينة مع على طرف مقبض السيف من فضة، أو حديد، كذا في شرح "النقاية" وفي "العالمگيرية": إذا كان في فصل السيف، أو في قبضة السيف فضة، قال أبو حنيفة: إن أخذ من السكين موضع الفضة يكره، وإلا فلا، وقال أبو يوسف: يكره مطلقًا، انتهى، وفي "رد المحتار": ويجتنب في النصل والقبضة واللجام موضع اليد، انتهى. "من الفضة" أي لا من الذهب كذا في "رد المحتار" قال في "العالمگيرية": وفي "السير": لا ينبغي أن يحلى السيف بذهب وإن كان في الحرب؛ لأن الحلية لا ينتفع في الحرب، وإنما هي للزينة، قال عفا الله عنه، فإذا كان هذا في السيف، ففي حمائله أولى، كذا في "التمرتاشي"، انتهى.

وقال القهستاني في شرح "النقاية" ناقلا عن "فتاوى قاضي خان": لا بأس بحليتا المنطقة والسلاح، وحمائل السيف بالفضة في قولهم، ويكره ذلك بالذهب عند البعض، هذا إذا خلص من الفضة أو الذهب، وإلا فلا بأس به عند الكل، انتهى. وفي "العالمگيرية" ولا بأس بتموية السلاح بالذهب والفضة، كذا في "السراجية" انتهى، وفي "مجمع البركات" أما التموية الذي لا يخلص منه الذهب والفضة لا بأس به، انتهى. (مل)

(٣) كمربند.

(٤) زيور.

(٥) نمونه.

(٦) قوله: "وقد جاء إلخ" أخرج الأئمة الستة إلا ابن ماجة عن أنس أن رسول الله ﷺ أراد أن يكتب إلى بعض الأعاجم، فقيل له أنهم لايقرأون كتابًا إلا بخاتم، فاتخذ خاتمًا من فضة، ونقش فيه "محمد رسول الله"، فكان في يده حتى قبض، وفي يد أبي بكر حتى قبض، وفي يد عمر حتى قبض، وفي يد عثمان حتى سقط منه في "بير أريس"، ثم أمر بها فزجت، فلم يقدر عليه، انتهى. وفي لفظ "النسائي كان سيف رسول الله ﷺ من فضة، وقبيعة سيفه فضة، انتهى، وفي كتاب "عيون الأثر" للشيخ أبي الفتح أنه كان للنبي ﷺ منطقة من أديم طرفها فضة. (مل)

(٧) آتى بلفظ "الجامع الصغير" لأداة الحصر فيه. (ع)

(٨) وآن مس با قلعي گداخته. (برهان) صفر –بالضم– بمعنى روئين، كه بهندى كانسى گويند. (غياث اللغات)

(٩) أخرجه الترمذي.

فقال[١] : «ما لى أجد منك رائحة الأصنام ورأى على آخر خاتم حديد[٢] فقال[٣] ما لى أرى عليك حِليَة[٤] أهل النار»*، ومن الناس من أطلق[٥] فى الحجر الذى يقال له : يشب[٦] ؛ لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر، وإطلاق الجواب[٧] فى الكتاب[٨] يدل على تحريمه.

والتختم بالذهب على الرجال حرام؛ لما روينا[٩]، وعن على رضى الله تعالى عنه[١٠] : «أن النبى عليه السلام نهى عن التختم بالذهب»**؛ ولأن الأصل فيه[١١] التحريم، والإباحة ضرورة الختم أو النموذج، وقد اندفعت بالأدنى، وهو الفضة و الحلقة هى المعتبرة؛ لأن قوام الخاتم بها، ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر، ويجعل الفص إلى باطن كفه[١٢]، بخلاف النسوان؛ لأنه[١٣] تزين فى حقهن، وإنما يتختم القاضى والسلطان؛ لحاجته إلى الختم، فأما غيرهما فالأفضل أن يترك لعدم الحاجة إليه.

---

(١) فأمره فرمى به.

(٢) قوله: "ورأى على آخر إلخ" ليس كذلك بل هو رجل واحد كما هو فى حديث رواه أبو داود والترمذى والنسائى، من أنه جاءه رجل إلى النبى ﷺ وعليه خاتم من حديد، فقال: «ما لى أرى عليك حلية أهل النار»، ثم جاء وعليه خاتم من شبه، وفى رواية الترمذى من صفر، فقال: «ما لى أجد منك ريح الأصنام»، كذا قال الزيلعى. (مل)

(٣) فأمره فرمى. (كف)

(٤) زيور. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٤، والدراية ج٢ ص٢٢٣، الحديث٩٤٥. (نعيم)

(٥) قوله: "ومن الناس من أطلق [أى أباح] إلخ" وإليه مال شمس الإئمة السرخسى؛ فإنه قال: والأصح أنه لا بأس به كالعقيق، فإنه عليه السلام كان يتختم بالعقيق، وقال: «تختموا بالعقيق فإنه مبارك». (ك)

(٦) بالفتح: معرب يشم. (م) حجر يضرب إلى الصفرة. (مضمرات)

(٧) وهو قوله: ولا يتختم إلا بالفضة. (ك)

(٨) يعنى الجامع الصغير. (ع)

(٩) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: «هذان حرامان» الحديث، ومن الناس من جوز التختم بالذهب؛ لما روى عن البراء بن عازب، أنه لبس خاتم ذهب؛ ولأن النهى عن استعمال الذهب والفضة سواء، فلما حل التختم بالفضة لقلته، ولكونه نموذجا وجعل كالعلم فى الثوب، فكذا فى الآخر، والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ «نهى عن ذلك». (ك)

(١٠) رواه الجماعة إلا البخارى. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٥، والدراية ج٢ ص٢٢٣، الحديث٩٤٦. (نعيم)

(١١) تختم.

(١٢) لأن النبى ﷺ فعل كذلك. (كف)

(١٣) تختم.

قال[١] : ولا بأس بمسمار[٢] الذهب يجعل في جحر[٣] الفص ، أي في ثقبه[٤] ؛ لأنه تابع كالعلم في الثوب ، فلا يعد لابسًا له .

قال[٥] : ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقال محمد : لا بأس بالذهب أيضًا ، وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما[٦] .

لهما[٧] أن عرفجة بن أسعد أصيب أنفه[٨] يوم الكُلاب[٩] ، فاتخذ أنفًا من فضة فأنتن[١٠] ، فأمره النبي عليه السلام[١١] بأن يتخذ أنفًا من ذهب*.

ولأبي حنيفة أن الأصل فيه التحريم ، والإباحة للضرورة ، وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى ، فبقي الذهب على التحريم ، والضرورة فيما روى لم تندفع في الأنف دونه[١٢] حيث أنتن .

قال[١٣] : ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير[١٤] ؛ لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الألباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها .

قال[١٥] : وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق ؛ لأنه نوع تجبر وتكبر ، وكذا[١٦] التي يمسح بها الوضوء[١٧] ، أو يمتخط بها[١٨] ، وقيل : إذا كان عن حاجة لا

---

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) ميخ. (م)

(٣) سوراخ.

(٤) ثقبه –بالفتح– سوراخ. (م)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" يعني اختلاف المشايخ في قول أبي يوسف، فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة، هكذا ذكر الكرخي، وذكر في "الأمالي" قوله مع قول محمد. (ع)

(٧) صاحبين.

(٨) اصابه درد مند ومصيبت زده كردن. (من)

(٩) قوله: "يوم الكلاب" هو –بضم الكاف وتخفيف اللام– اسم ماء، وقيل: اسم وادٍ بين الكوفة والبصرة، وكانت فيه واقعة عظيمة للعرب. (مل)

(١٠) إنتان: ناخوش شدن. (من)

(١١) أخرجه أبو داود. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٥، والدراية ج٢ ص٢٢٤، الحديث٩٤٧. (نعيم)

(١٢) قوله: "لم تندفع في الأنف دونه" أي دون الذهب أي لم تندفع الضرورة في الأنف بدون اتخاذه من الذهب. (ك)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) وذلك لأن الصبي يجب أن يعود ما يجوز في الشريعة، دون ما لا يجوز؛ ليألف ذلك. (غن)

(١٥) أي محمد. (عيني)

يكره، وهو الصحيح[١]، وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر، وصار[٢] كالتربع[٣] فى الجلوس.

ولا بأس بأن يربط الرجل فى إصبعه، أو خاتمه الخيط للحاجة، ويسمى ذلك الرتم[٤] والرتيمة[٥]، وكان ذلك من عادة العرب، قال قائلهم: شعر:

لا ينفعنك اليوم إن همّت[٦] بهم كثرة ما توصى وتعقاد الرتم[٧]

وقد روى أن النبى عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك[٨]*؛ ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح، وهو التذكر عند النسيان.

---

(١٦) أى يكره.

(١٧) أى الماء الذى يتوضأ فيه.

(١٨) أى يؤخذ بها المخاط، وهو ماء الأنف، امتخاط: بينى پاک کردن .

(١) قوله: "وهو الصحيح" لأن عامة المسلين استعملوا هذا فى عامة البلدان؛ لدفع الأذى، وما رآه المسلون حسنًا، فهو عند الله حسن. (ع)

(٢) فإنه مكروه؛ لأنه من عادة الجبابرة إلا لحاجة كالتفكر، وغيره.

(٣) بچار زانو نشستن. (من)

(٤) بالفتح: رشته كه بجهت ياد داشت بانگشت بندند. (غياث)

(٥) قوله: "والرتيمة" رتيمه كسفينه بمعنى رتمه است، جمع آن رتائم ورتام است. ورتمه بالفتح: رشته كه بر انگشت بندند جهت ياد دادن چيزى كه گفته باشند رتم جمع، كذا فى "منتهى الأرب".

(٦) قوله: "همت" أى اگر قصد زن بود بزنا پس چه فائده از كثرت وصيت وبستن رتم أعنى در انگشت يادر انگشترى آن زن براى ياد داشتن وصيتهاى تو، واين قول ابو الليث است. (ترجمه)

(٧) قوله: "وتعقاد الرتم [بفتحتين: ضرب من الشجر]" الرتم نوع من الشجر، وكان الرجل إذا أراد فى السفر عمد إلى هذا الشجر، فقعد بعض أغصانه ببعض، فإذا رجع من سفره وأصابه على تلك الحالة، قال: لم تخنى امرأتى، وإن أصابه وقد انحل قال: قد خانتنى هى ومعنى البيت هل ينفعنك اليوم إن همت امرأتك أن تخونك وصيتك بها، وإقامتك من يحفظها وتعقادك الشجر، قوله: إن همت بهم أى بشيء تريده، يعنى أنها إذا كانت عفيفة حفظت نفسها، وإن لم تكن كذلك، فلا حيلة فيها، كذا قال أبو محمد يوسف بن الحسن، والتعقاد مصدر بمعنى العقد على وزن تفعال، كالتلعاب والتهداب. والبيت برواية الثقاة من أهل اللغة هل ينفعنك اليوم بلفظ هل، وهو القياس فى كلام العرب والفقهاء، أوردوا فى كتبهم بحرف ا لنفى، وليس ذلك بقياس؛ لأن نون التاكيد لاتدخل فى النفى إلا نادراً فى الشعر، كذا فى "غاية البيان". وفى "الكفاية": أن هذا هو المشهور، والمروى عن الثقات إلا أن أبا الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة، وفى "المغرب": الرتمة خيط التذكر يعقد بالإصبع، وكذا الرتيمة، قال الشاعر شعرا :

إذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم. (مل)

(٨) قوله: "بذلك" يعنى بربط الخيط فى الإصبع، ليذكره الحاجة، وقال الزيلعى: هذا غريب، وروى أبو يعلى فى "مسنده" والطبرانى فى "معجمه الوسط" أن النبى ﷺ كان يربط الخيط فى إصبعه لتذكر الحاجة، ولكن فى رواة هذه الرواية كلامًا. (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٨، والدراية ج٢ ص٢٢٤، الحديث٩٤٨. (نعيم)

فصل[١] في الوطئ[٢] والنظر والمس

قال[٣]: ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها[٤]؛ لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها[٥]﴾، قال[٦] على وابن عباس رضى الله تعالى عنهما[٧]: ما ظهر منها الكحل والخاتم *، والمراد موضعهما[٨]، وهو الوجه والكف، كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها[٩].

ولأن في ابتداء الوجه والكف ضرورة؛ لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك، وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها[١٠].

وعن أبي حنيفة أنه[١١] يباح؛ لأن فيه بعض الضرورة[١٢]، وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعيها[١٣] أيضًا؛ لأنه قد يبدو[١٤] منها[١٥] عادةً.

---

(١) قوله: "فصل إلخ" مسائل النظر أربعة، نظر الرجل إلى امرأة، ونظرها إليه، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، والأول على أربعة أقسام: نظره إلى الأجنبية الحرة، ونظره إلى من تحل له من الزوجة والأمة، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. (عناية)

(٢) قوله: "في الوطء" الظاهر أن المراد بالوطئ ما في مسألة العزل المذكورة في آخر هذا الفصل، وإلا فليس ذكر الوطئ فيه.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "إلا إلى وجهها إلخ" القياس أن لا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها، وإليه أشار قوله عليه السلام: «المرأة عورة مستورة»، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع، وهو ما استثناه في الكتاب بقوله: "إلا إلى وجهها وكفيها" للحاجة والضرورة، وكان ذلك استحسانًا؛ لكونه أرفق بالناس. (عناية)

(٥) قوله: "إلا ما ظهر منها" أي إلا ما جرت العادة والجبلة على ظهوره، وقوله: "الكحل والخاتم" يعني موضع الزينة، وهو العين، وموضع الخاتم، وهو الإصبع؛ وهذا إطلاق اسم الحال على المحل، والمراد بالعين الوجه، وبالإصبع اليد، وهو إطلاق اسم البعض على الكل. (مصفى)

(٦) أي فسر ذلك على وابن عباس.

(٧) قوله: "وابن عباس" أخرج البيهقي عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما، وأما الرواية عن على فغريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٩ تحت فصل في الوطء والنظر والمسّ، والدراية ج٢ ص٢٢٤ تحت الحديث٩٤٨. (نعيم)

(٨) هذا قول المصنف.

(٩) إطلاقًا لاسم الحال على المحل. (ك)

(١٠) أجنبية.

(١١) أي النظر إلى قدم الأجنبية.

(١٢) قوله: "لأن فيه بعض الضرورة" لأنها تحتاج إلى إبداء قدمها إذا مشت حافية أو متنعلة، وربما لا تجد الخف في كل وقت. (كافي)

(١٣) أجنبية.

(١٤) الذراع في الخبز والطبخ وغسل الثياب. (كف)

قال[1]: فإن كان لا يأمن الشهوة[2] لا ينظر إلى وجهها[3] إلا لحاجة[4]؛ لقوله عليه السلام[5]: «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية[6] عن شهوة صب في عينيه الآنك[7] يوم القيامة» *، فإن خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزاً عن المحرم، وقوله: لا يأمن يدل على أنه[8] لا يباح إذا شك في الاشتهاء، كما إذا علم[9]، أو كان أكبر رأيه ذلك.

ولا يحل له أن يمس وجهها[10] ولا كفها[11]، وإن[12] كان يأمن الشهوة؛ لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى[13]، بخلاف النظر؛ لأن فيه بلوى، والمحرم قوله عليه السلام[14]: «من مس كف امرأة ليس منها بسبيل[15] وضع على كفه جمرة[16]

(١٥) أجنبية.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "قال فإن كان إلخ" أى قال القدورى فى "مختصره" أى هذا الذى قلنا من جواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفها فيما إذا أمن الشهوة، فإذا لم يأمن الشهوة لم يحل النظر إلى وجهها. (غاية البيان)

(٣) أجنبية.

(٤) قوله: "إلا لحاجة [وإن كان شهوة]" كان دعى إلى الشهادة عليها، أو أراد تزويجها، أو كانت أمة أراد شراها، كذا قال الولوالجى فى فتاواه. (مل)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام من نظر إلخ" قال الزيلعى: قلت: غريب، والمعروف من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون، صب فى أذنه الآنك يوم القيامة، أخرجه البخارى فى "صحيحه"، فالأولى أن يستدل بما فى "العناية": أنه قال عليه الصلاة والسلام لعلي رضى الله تعالى عنه: «لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك»، ويعنى بالثانية أن ينظرها عن شهوة، وبما فى "غاية البيان" من أنه روى أصحاب السنن عن ابن عباس عن النبى ﷺ: «إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزناء أدرك ذلك لا محالة فزنا العينين النظر وزنا اللسان النطق والنفس تتمنى وتشتهى والفرج يصدق ذلك ويكذبه». (مل)

(٦) قوله: "من نظر إلخ" هكذا ذكر شمس الأئمة الحديث فى "شرح الكافى" ولكن فى صحته نظر، والمحاسن جمع الحسن ضد القبح على خلاف القياس، وكأنه جمع محسن، كذا قال الجوهرى، والآنك الأسرب، وأفعل من أبنية الجمع، ولم يجئ عليه الواحد إلا آنك، كذا فى "الصحاح". (غن)

(٧) الأسرب: سيسه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٩، والدراية ج٢ ص٢٢٥، الحديث٩٤٩. (نعيم)

(٨) اى النظر إلى الوجه.

(٩) أى كما لا يباح إذا علم أى تيقن، أو كان إلخ أى ظن.

(١٠) أجنبية.

(١١) أجنبية.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) سختى.

(١٤) قلت: غريب. (ت)

يوم القيامة»*، وهذا[٢] إذا كانت شابة[٣] تشتهى[٤].

أما إذا كانت[٥] عجوزاً[٦] لا تشتهى، فلا بأس بمصافحتها ومس يدها؛ لانعدام خوف الفتنة[٧]، وقد روى[٨] أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعاً[٩] فيهم، وكان يصافح العجائز**، وعبد الله بن الزبير رضى الله تعالى عنه[١٠] استأجر عجوزاً لتمرضه[١١]، وكانت تغمز[١٢] رجليه وتفلى رأسه[١٣]***، وكذا إذا كان شيخاً[١٤] يأمن على نفسه وعليها[١٥]؛ لما قلنا[١٦]،

---

(١٥) قوله: ليس منها بسبيل" أى ليس له فيها شرعًا سبيل، بأن لم تكن مملوكة له، ولا منكوحته. (مولانا ظهور الله)

(١٦) بالفتح اخگرهای آتش جمرة واحد. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٤٠، والدراية ج٢ ص٢٢٥ تحت الحديث٩٤٩. (نعيم)

(٢) أى عدم الحل.

(٣) أجنبية.

(٤) اشتهاه: خواست آن را وآرزدی وی نمود ودوست داشت. (عن)

(٥) قوله: "أما إذا كانت إلخ" قال بعض المتأخرين: بيان حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت مشتهاة، أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى، فلا بأس بمسها، انتهى.

أقول: لم يذكر فى الكتاب ولا فى غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية، شابة كانت أو عجوزاً، وإنما المذكور ههنا، وفى سائر الكتب عدم البأس بمس كفها عجوزاً، نعم ظاهر الدليل العقلى، وهو انعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم، لكن لا مجال لاختراع المسألة بمجرد ذلك بدون أن تذكر فى الكتب نقلا. (نت)

(٦) بالفتح: زن پير، وعامه عجوزة بزيادتى تا گويند. (م)

(٧) قوله: "لانعدام خوف الفتنة [الزنا]" فإن قلت هذا تعليل فى مقابلة النص، وهو ما ذكر فى الكتاب، من مس كف امرأة ليس منها بسبيل، وضع على كفه جمرة يوم القيامة، قلت: المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها، أما إذا انزوى الخاطر عن لقاءها فلا. (تاج الشريعة)

(٨) قلت: غريب.

(٩) استرضاع: شير دهى خواستن، يقال: استرضعه أى طلب مرضعة. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٠ تحت الحديث الخامس، وانظر فى الدراية ج٢ص٢٢٥ تحت الحديث٩٤٩. (نعيم)

(١٠) قلت: غريب.

(١١) يقال: مرضه أى قام عليه فى مرضه. (غن) تمريض نيک خدمت كردن بيمار را. (م)

(١٢) غمز: سخت افشردن. (كن)

(١٣) فلى رأسه: جست سپش را در سر او. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٠ تحت الحديث الخامس، وانظر فى الدراية ج٢ص٢٢٥ تحت الحديث٩٤٩. (نعيم)

(١٤) قوله: "وكذا [أى يحل] إذا كان إلخ" لأن الشيخ الكبير لم يبقَ له إربة كالصغير. (عينى)

(١٥) أجنبية.

(١٦) إشارة إلى قوله: لانعدام الفتنة.

وإن كان لا يأمن عليها[١] لا تحل مصافحتها؛ لما فيه من التعريض[٢] للفتنة، والصغيرة إذا كانت لا تشتهي يباح مسّها[٣] والنظر إليها؛ لعدم خوف الفتنة[٤].

قال[٥]: ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها[٦]، وللشاهد إذا أراد الشهادة[٧] عليها النظر إلى وجهها، وإن[٨] خاف أن يشتهي؛ للحاجة[٩] إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة، ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة، أو الحكم عليها، لا قضاء الشهوة، تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه[١٠]، وهو قصد القبيح، وأما النظر[١١] لتحمل الشهادة إذا اشتهى، قيل: يباح، والأصح أنه لا يباح؛ لأنه يوجد[١٢] من لا يشتهي، فلا ضرورة، بخلاف حالة الأداء[١٣].

ومن أراد أن يتزوج امرأة، فلا بأس بأن ينظر إليها[١٤]، وإن[١٥] علم أنه يشتهيها؛ لقوله عليه السلام فيه[١٦]: «أبصرها فإنه أحرى[١٧] أن يؤدم[١٨] بينكما»*؛ ولأن

---

(١) قوله: "وإن كان لا يأمن عليها إلخ" أقول: الضمير في عليها للمرأة، ووجه تخصيص ذكر عدم الأمن عليها هو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها، فإنه إذا لم تحل مصاحبتها عند عدم الأمن عليها؛ لما فيه من تعريض الغير الفتنة، فلأن لا تحل مصافحتها عند عدم الأمن على نفسه أولى؛ لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه. (نتائج الأفكار)

(٢) پيش آوردن كسى را بر كارى. (م)

(٣) قوله: "يباح مسها إلخ" لأنه ليس لبدنها حكم العورة، ولا في النظر والمس خوف الفتنة. (ك)

(٤) الزناء.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٦) أجنبية.

(٧) عند القاضي.

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "للحاجة [والضرورة تبيح المحذورات. كافي]" ألا ترى أن شهود الزناء لهم أن ينظر، وإلى موضع العورة على قصد تحمل الشهادة. (كافي)

(١٠) قوله: "تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه" لأنه إن لم يمكنه التحرز فعلا، فقد أمكنه التحرز منه قلبا. (ك)

(١١) إلى الوجه.

(١٢) لتحمل الشهادة.

(١٣) قوله: "بخلاف حالة الأداء" فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل، وهو متعين لأداءها. (ك)

(١٤) قوله: "فلا بأس إلخ" ولا ينبغي أن يمس شيئًا من ذلك، إن كانت ممن تشتهي؛ لأن المس أغلظ من النظر؛ لأن الشهوة فيه أكثر، فمنع منه من غير حاجة، كذا في "شرح الأقطع". (غن)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" روى الترمذي في جامعه بإسناده إلى مغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة، فقال النبي ﷺ: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما، قال في "الفائق": الأدم والإيدام الإصلاح والتوفيق من أدم الطعام،

مقصوده إقامة السنة، لا قضاء الشهوة، ويجوز[١] للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها[٢] للضرورة[٣].

وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل، فإن لم يقدروا[٤] يستر كل عضو منها[٥] سوى موضع المرض، ثم ينظر[٦] ويغض[٧] بصره ما استطاع؛ لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، وصار كنظر الخافضة والختّان[٨].

وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان[٩] من الرجل؛ لأنه مداواة[١٠] ويجوز للمرض، وكذا للهُزال الفاحش[١١]، على ما روى عن أبي يوسف؛ لأنه أمارة المرض.

قال[١٢]: وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه[١٣]، إلا إلى ما بين سرته[١٤]

وهو إصلاحه بالإدام، وجعله موافقا للطاعم. (غن)

(١٧) قوله: "فإنه أحرى إلخ" فإن الإبصار أولى بالإصلاح، وإيقاع الألفة والوفاق. (ك)

(١٨) قوله: "أن يؤدم" أصله بأن يؤدم، فحذفت الباء، وحذفها مع أن وإن كثير (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٤٠، والدراية ج٢ ص٢٢٥، الحديث ٩٥٠. (نعيم)

(١) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) وإن كان تحت السرة إلى الركبة.

(٣) قوله: "للضرورة [كذا قال الولوالجى]" لأن للضرورة تاثيراً فى إباحة المحرمات، بدليل إباحة الميتة والخمر عند الضرورة، وخشية التلف. (غاية البيان)

(٤) قوله: "فإن لم يقدروا [أهل المرأة]" أى لم يجدوا امرأة تداويها وخافوا على المرأة أن تهلك، أو يصيبها بلاء، أو دخلها من ذلك وجع غير محتملة، ولم يكن للعلاج بد من الرجل. (غن)

(٥) أجنبية.

(٦) الطبيب.

(٧) غض -بالفتح وتشديد ضاد- چشم خوابانيدن. (م)]

(٨) قوله: "كنظر الخافضة والختّان [أى نظر الطبيب إلى موضع لا يحل النظر إليه. غن]" والختان يعنى أنهما ينظران إلى العورة؛لأجل الضرورة؛ لأن الختان سنة، وهو من جملة الفطرة فى حق الرجال، لا يمكن تركها، وهو مكرمة للنساء أيضاً، والخفض للجارية كالختن للغلام، وجارية مخفوضة أى مختونة. (ك)

(٩) حقنه كردن. (م)

(١٠) يحصل به إسهال الفضلات والأخلاط الروية. (غن)

(١١) قوله: "وكذا للهزال [بالضم: لاغرى] الفاحش" إذا قيل له: إن الحقنة تزيل مالك من الهزال، فلا بأس بأن يبدى ذلك المرضع للمحتقن، على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله، وهذا صحيح؛ لأن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل. (ك)

(١٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٣) هذا هو القسم الثانى من أصل التقسيم. (عناية)

إلى ركبته(١)؛ لقوله عليه السلام*: «عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته»(٢)، ويروى(٣) ما دون سرته(٤) حتى يجاوز ركبتيه، وبهذا(٥) ثبت أن السرة ليست بعورة(٦)، خلافًا لما يقوله أبو عصمة(٧) والشافعي رحمهما الله تعالى(٨).

والركبة عورة، خلافًا لما قاله الشافعي: والفخذ عورة، خلافًا لأصحاب الظواهر(٩)، وما دون السرة(١٠) إلى منبت الشعر عورة(١١)، خلافًا لما يقوله الإمام أبو بكر(١٢) محمد بن الفضل الكمارى(١٣) معتمدًا فيه العادة(١٤)؛ لأنه لا معتبر بها(١٥) مع

---

(١٤) ناف.

(١) زانو.

* تقدم في "شروط الصلاة" من حديث علي عند الدارقطني، راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٢.

(٢) أخرجه الدارقطني وغيره.

(٣) هذه الرواية تدل على أن كلمة إلى في الرواية السابقة بمعنى مع.

(٤) أي ما تحت سرته.

(٥) أي بالرواية الأخيرة.

(٦) فلا بأس بالنظر إليها.

(٧) قوله: "خلافًا لما يقوله أبو عصمة" هو سعد بن معاذ المروزي؛ فإنه يقول: إن السرة أحد حدى العورة، فيكون من العورة كالركبة، وقوله: والشافعي بالعطف على أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة عندهما، كأنه وقع سهوًا بوجهين، أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة، بقوله: إنه أحد حدى العورة، فيكون عورة كالركبة. وهذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول: بأن الركبة عورة، والشافعي لا يقول: بكون الركبة من العورة، والثاني أن الشافعي عدل في إثبات أن الركبة ليست بعورة بقوله: إنما حد للعورة، فلا يكون من العورة كالسرة؛ لأن الحد لا يدخل في الحدود، وهو تنصيص على أن السرة ليست بعورة، وهذان التعليلان في "المبسوط"، ولكن في الإسرار نوع إشارة إلى أن الشافعي جعل السرة من العورة ولم يجعل الركبة من العورة. (نهاية)

(٨) قوله: "والشافعي" في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي: إحداها: أن السرة عورة والركبة ليست بعورة، كما هو مدلول كلام المصنف ههنا، والثانية: أنهما ليستا بعورتين، كما يفهم من وجيز الشافعية، والثالثة: أنهما عورتان. (نت)

(٩) قوله: "خلافًا لأصحاب الظواهر [فإنهم قالوا: الفخذ ليس بعورة. عن]" ولأصحاب الظواهر قوله تعالى: ﴿فلما ذاقا الشجرة بدت لهما سوآتهما﴾، والمراد بالسوءة العورة الغليظة، والجواب أن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه. (مل)

(١٠) أي ما تحت السرة.

(١١) من العانة. (غن)

(١٢) فإنه لا يجعل غير الفرجين والفخذين عورة.

(١٣) قوله: "الكمارى" بضم الكاف وتخفيف الميم، بعدها الألف وبعدها الراء المكسورة، وفي آخرها ياء ساكنة، اسم قرية ببخارا، ينسب إليها الشيخ محمد بن فضل الكمارى. (غن)

(١٤) قوله: "معتمدًا فيه العادة" لأن الإزار قد ينحط في العمل إلى ذلك الموضع، فكان فيه ضرورة، فأبيح النظر إلى

النص[١] بخلافه.

وقد روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه[٢] عن النبى ﷺ أنه قال[٣]: «الركبة من العورة[٤]»*، وأبدى الحسن[٥] بن على رضى الله تعالى عنهما سرته، فقبلها أبو هريرة رضى الله تعالى عنه[٦]، وقال عليه السلام[٧] لجرهد[٨]: «وارِ[٩] فخذك أما علمت أن الفخذ عورة»**، ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق[١٠]، فاجتمع المحرم و المبيح، وفى مثله يغلب المحرم.

وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ، وفى الفخذ أخف منه فى السوءة[١١]، حتى إن كاشف الرقبة ينكر عليه برفق[١٢]، وكاشف الفخذ يعنّف[١٣] عليه، وكاشف السوءة يؤدب إن لج[١٤]، وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل، يباح

ذلك للتعامل. (غن)

(١٥) قوله: "لأنه لا معتبر إلخ" جواب عن قول محمد ابن فضل الكمارى، ومتعلق بقوله، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة. (ع)

(١) أى مع ورود النص بخلاف التعامل.

(٢) قوله: "وقد روى إلخ" جواب عن قول الشافعى، ودليل على كون الركبة عورة. (ع)

(٣) قوله: "أنه قال الركبة إلخ" قلت: غريب من هذا حديث أبى هريرة، وقد تقدم فى شروط الصلاة من حديث على عند الدارقطنى، وفيه ضعف. (ت)

(٤) جواب عن قول أبى عصمة والشافعى، أخرجه أحمد فى "مسنده" عن عسير بن إسحاق. (نت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٢، والدراية ج٢ ص٢٢٥ تحت الحديث ٩٥٠ . (نعيم)

(٥) لالتماس أبى هريرة.

(٦) دليل لما قلنا: من أن الفخذ عورة.

(٧) جواب عن قول أهل الظواهر.

(٨) قوله: "لجرهد" روى أبو داود عن عبد الرحمن بن جرهد أنه قال: كان جرهد من أصحاب الصفة، أنه قال: جلس رسول الله ﷺ عندنا، وفخذى منكشفة، فقال: «أما علمت أن الفخذ عورة»، انتهى.

وأخرج عبد الرزاق أن النبى ﷺ مر به، وهو كاشف عن فخذيه، فقال النبى ﷺ: «غطِّ فخذك فإنها من العورة». (ت)

(٩) مواراة: نهفتن چيزى را. (من)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٢، والدراية ج٢ ص٢٢٦، الحديث ٩٥٢. (نعيم)

(١٠) دليل معقول على كون الركبة عورة. (ع)

(١١) قوله: "فى السوءة" قال فى "ديوان الأدب": السوءة العورة، وأراد بها ههنا العورة الغليظة، وهو الفرجان؛ لأن حرمتها مجمع عليها، وفيما سوى ذلك اختلاف كما ذكرنا. (غن)

(١٢) نرمى.

(١٣) تعنيف: سرزنش كردن ودرشتى نمودن. (م) إن لج ولا يضرب. (غن)

(١٤) لج لجاجًا: ستيهيد وپيكار كردن. (من)

المس[١]؛ لأنهما[٢] فيما ليس بعورة سواء[٣].

قال[٤]: ويجوز للمرأة[٥] أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه[٦] إذا أمنت الشهوة؛ لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة، كالثياب والدواب[٧].

وفي كتاب الخنثى من "الأصل"[٨] أن نظر المرأة إلى الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه[٩]؛ لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ، فإن كان[١٠] في قلبها شهوة، أو أكبر رأيها أنها تشتهي، أو شكّت في ذلك[١١]، يستحب لها أن تغض بصرها، ولو كان الناظر هو الرجل إليها[١٢]، وهو بهذه الصفة[١٣] لم ينظر، وهذا[١٤] إشارة إلى التحريم.

ووجه الفرق[١٥] أن الشهوة عليهن غالبة، وهو كالمتحقق اعتباراً[١٦]، فإذا اشتهى الرجل[١٧] كانت الشهوة موجودة في الجانبين[١٨]، ولا كذلك إذا اشتهت المرأة؛ لأن

---

(١) يعني إذاكان المس من غير شهوة، وبه صرح في "التحفة". (غن)

(٢) أي النظر والمس. (ع)

(٣) قوله: "سواء [كما يجوز النظر إليه يجوز مسه بغير شهوة. غن]" أقول: لقائل أن يقول: استواءهما ممنوع كيف؟ وقد مر أن وجه الأجنبية وكفيها ليس بعورة، ويحل للرجل أن ينظر إليها إذا أمن الشهوة، ولكن لا يجوز له أن يمسها وإن أمن الشهوة، فلم يستو النظر، ويمكن أن يقال: المراد أنهما سواء ما لم يرد النص على خلاف ذلك. (نت)

(٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٥) الحرة الأجنبية. (غن)

(٦) أي جميع بدنه ما خلا تحت السرة إلى الركبة. (غن)

(٧) قوله: "كالثياب والدواب" يعني يحل النظر إلى الدابة والثوب للرجل والمرأة. (حميدية)

(٨) المبسوط.

(٩) قوله: "بمنزلة إلخ" يعني على تلك الرواية لا ينظر المرأة من الرجل إلى ظهره وبطنه. (غن)

(١٠) بيان فائدة قوله: إذا أمنت إلخ.

(١١) الاشتهاء.

(١٢) مرأة.

(١٣) قوله: "وهو [الواو حالية" بهذه الصفة [أي صفة الشهوة]" أي كان في قلبه شهوة، أو كان أكبر رأيه أنه يشتهي أو شك في الاشتهاء. (غن)

(١٤) أي قوله: لم ينظر. (غن)

(١٥) قوله: "ووجه الفرق" أي بين الرجل والمرأة، حيث كان نظر الرجل حراماً وغض بصرها مستحبًا. (غن)

(١٦) أي الغالب.

(١٧) قوله: "فإذا اشتهى إلخ" يعني أنه لو كان الناظر بشهوة هو الرجل؛ فلأن النساء أكثر شهوة من الرجال، فكثرة الشهوة من جانبها يثبت اشتهاءها من حيث الاعتبار، وقد وجد من جانب الرجل حقيقة الاشتهاء، والاشتهاء من الجانبين

الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة[1] واعتباراً[2]، فكانت من جانب واحد، والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق فى جانب واحد.

قال[3]: وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل[4]؛ لوجود المجانسة، وانعدام الشهوة غالبًا[5]، كما فى نظر الرجل إلى الرجل، كذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن[6]، وعن أبى حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه[7]، بخلاف نظرها إلى الرجل[8]؛ لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال، والأول[9] أصح[10].

قال[11]: وينظر الرجل[12] من أمته التى تحل له[13]، وزوجته إلى فرجها، وهذا[14] إطلاق[15] فى النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة، والأصل فيه قوله

أكثر إفضاء في الوقوع إلى الحرام من الاشتهاء من جانب واحد وأما إذا كان الناظر بشهوة هى المرأة فالاشتهاء أن تحقق من جانبها من حيث الحقيقة لم يعتبر ثابتا من جانب الرجل، ومجرد الشهوة من أحد الجانبين فى سببيته ما هو حرام دون الشهوة من الجانبين، فلهذا قلنا: بالاستحباب فى جانب المرأة، وبالحرمة فى جانب الرجل. (غن)

(١٨) قوله: "من الجانبين" فى جانبه حقيقة؛لأنه هو المفروض، وفى جانبها اعتباراً لقيام الغلبة مقام الحقيقة. (ع)

(١) لأنه غير ناظر إليها. (ك)

(٢) لعدم غلبة الشهوة. (ك)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم. (ع)

(٥) والغالب كالمتحقق. (ع)

(٦) قوله: "قد تحققت [أى فى الحمام] إلخ" فإن العرف الظاهر فى جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا، وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجل؛ لأن المقصود تحصيل الزينة، والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل، ويتمكن الرجل من الاغتسال فى الأنهار والحياض، والمرأة لا تتمكن من ذلك، وإلى هذا أشار فى "المبسوط". (ع)

(٧) قوله: "كنظر الرجل إلخ" فلا يجوز لها أن تنظر من المرأة إلى الظهر والبطن، فى هذه الرواية. (زيلعى)

(٨) فإنه يجوز لها النظر إلى جميع بدن الرجل، إلا ما بين السرة إلى الركبة.

(٩) أى ما قال القدورى.

(١٠) لأن نظر الجنس أخف. (ع)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: "وينظر الرجل إلخ" هذا هو القسم الثانى من أقسام نظر الرجل إلى المرأة، والتسامح فى رعاية الترتيب فى كلام المصنف ظاهر. (ع)

(١٣) قوله: "التى تحل له" قيد بالحل؛ لأن إباحة النظر إلى جميع بدن أمته مبنية على حل الوطئ، وفيما لا يحل من أمته كأمته المجوسية، وأمته التى هى أخته من الرضاعة، كان الحكم فى النظر كأمة الغير. (نهاية)

(١٤) أى قول القدورى.

(١٥) إجازة.

عليه السلام[١]: «غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك»*، ولأن ما فوق ذلك[٢] من المسيس[٣] والغشيان[٤] مباح، فالنظر أولى[٥].

إلا أن الأولى[٦] أن لا ينظر كل واحد منهما[٧] إلى عورة صاحبه؛ لقوله عليه السلام: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع[٨] ولا يتجردان تجرد العَير[٩]»**، ولأن ذلك[١٠] يورث النسيان لورود الأثر[١١]، وكان ابن عمر رضي الله تعالى عنهما يقول: الأولى[١٢] أن ينظر[١٣]، ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة***.

قال[١٤]: وينظر الرجل من ذوات محارمه[١٥] إلى الوجه، والرأس[١٦]،

---

(١) قوله: قوله عليه السلام إلخ" أخرج أصحاب السنن الأربعة، أبو داود في الحمام، والترمذي في الاستيذان، والنسائي في عشرة النساء، وابن ماجة في النكاح عن معوية بن جيدة، قلت: يا رسول الله عوراتنا ماناتي منها، وما نذر، قال: «احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٥، والدراية ج٢ ص٢٢٧، الحديث٩٥٣. (نعيم)

(٢) النظر.

(٣) بيان ما.

(٤) الجماع، غشى فلانة غشيانًا -بالكسر- كائيد آن را وفرد گرفت او را بمجامعت. (من)

(٥) بالجواز.

(٦) والأدب.

(٧) زوج زوجة.

(٨) قوله: "إذا أتى أحدكم إلخ" روى الطبراني في "معجمه" عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين». (ت)

(٩) قوله: "تجرُّد العَير [عَير -بالفتح- خر ابلى باشد يا وحشى، واكثر بگور خر استعمال نمايند. من]" وهو الحمار الوحشي، وإنما قيد به؛ لأن في الأهلي نوع ستر من الأقتاب والثفر. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٦، والدراية ج٢ ص٢٢٨، الحديث٩٥٤. (نعيم)

(١٠) أي النظر إلى العورة.

(١١) قوله: "لورود الأثر" قلت: غريب، وقد ورد أنه يورث العمى، أخرجه ابن عدي في "الكامل" عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا جامع أحدكم زوجته فلا ينظر إلى فرجها فإن ذلك يورث العمى»، انتهى. (ت)

(١٢) قوله: "الأولى إلخ" روى عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته، وتمس هي فرجه ليتحرك عليها، هل ترى بذلك بأسا، قال: لا، وأرجو أن يعظم الأجر. (ع)

(١٣) إلى فرج امرأته عند الوقاع. (غن)

*** انظر في نصب الراية ج٤ ص٢٤٨ تحت الحديث الحادي والعشرين، وفي الدراية ج٢ ص٢٢٨ تحت الحديث ٩٥٤. (نعيم)

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٥) قوله: "وينظر الرجل من ذوات محارمه [قال في "المغرب": المحرم الحرام والحرمة.نت]" من أمه وابنته البالغة

والصدر[١]، والساقين، والعضدين[٢].

ولا ينظر إلى ظهرها[٣] وبطنها وفخذها[٤]، والأصل[٥] فيه[٦] قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن[٧]﴾ الآية، والمراد[٨] -والله أعلم- مواضع الزينة، وهى ما ذكرنا فى الكتاب.

ويدخل فى ذلك[٩] الساعد[١٠] والأذن والعنق والقدم؛ لأن كل ذلك مواضع الزينة[١١]، بخلاف الظهر والبطن والفخذ؛ لأنها ليست مواضع الزينة؛ ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان[١٢] واحتشام[١٣]، والمرأة فى بيتها فى ثياب

وأخته ومن كان ذات رحم محرم منه، ومن كل محرم من رضاع أو نكاح أو وطئ، وكذلك ما حرم بوطئ أبيه، أو ابنه، أو نكاح ابنه، وإن لم يكن بينهما رحم. فإن كان ينظر إلى شيء من ذلك بشهوة، فليس له أن ينظر إلى ذلك، وكذلك إن كان أكبر ظنه أنه إن نظر يشتهى، فينبغى له أن يغض بصره، وإن أمن على نفسه فلا بأس. (مختصر كرخى)

(١٦) الشعر.

(١) والثدى.

(٢) بازو، عضد: بازو كه ميان مرفق وكف باشد. (من) والذراع، والكف، والقدم.

(٣) قوله: "ولا ينظر إلى ظهرها [وإلى ما بين سرتها حتى يجاوز الركبة. غ‍] إلخ" لا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك، والوجه فيه إن الله تعالى سمى الظهار فى كتابه ﴿منكراً من القول وزوراً﴾، وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته: كظهر أمى، فلولا إن ظهرها محرم عليه نظراً لما سمى الظهار ﴿منكراً من القول وزوراً﴾، وإذا ثبت ما فى الظهر ثبت فى البطن والجنب. (محيط)

(٤) وجنبها. (محيط)

(٥) الدليل.

(٦) أى فى جواز ما جاز. (ع)

(٧)﴿أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بنى إخوانهن أو بنى أخواتهن﴾ الآية.

(٨) قوله: والمراد إلخ" من قبيل ذكر الحال وإرادة المحل مبالغة فى النهى عن الإبداء؛ لأن إبداء ماكان منفصلا إذا كان منهيا عنه، فإبداء المتصل أولى. (عناية)

(٩) أى فى موضع الزينة المدلول عليها بالزينة.

(١٠) قوله:الساعد" ساعد بكسر عين مهملة، در "صراح" و"منتخب" بمعنى باز ونوشته است ودر استعمال فارسيان ما بين كف دست وآرنج را گويند. (غياث)

(١١) قوله: "لأن كل ذلك إلخ" أما الرأس فلأنه موضع التاج، والإكليل والشعر موضع العقاص، والأذن موضع القرط، والعنق والصدر والثدى مواضع القلادة، والعضد موضع الدملوج[بازو بند. مهذب] والساعد موضع السوار، والساق موضع الخلخال، والكف موضع الخاتم والخضاب، والقدم موضع الخضاب. (مل)

(١٢) قوله: "من غير استئذان إلخ" الدخول فى بيت الأجنبى من غير استئذان حرام، والدخول فى بيت محارمه من غير استئذان مكروه، ويكفى فى التأدى إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعض بلا استئذان، وإن كان ذلك مما لم يمدح فى حكم الشرع، والحرج مدفوع شرعاً. (نت)

(١٣) شرم داشتن.(م)

مهنتها[١] عادةً، فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج.

وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة، فقلما تشتهى، بخلاف ما وراءها[٢]؛ لأنها لا تنكشف عادة، والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب، كالرضاع والمصاهرة[٣]؛ لوجود المعنيين[٤] فيه[٥]، وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح[٦] في الأصح[٧]؛ لما بينا[٨].

قال[٩]: ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها[١٠]؛ لتحقق الحاجة إلى ذلك[١١] في المسافرة[١٢]، وقلة الشهوة للمحرمية، بخلاف وجه الأجنبية وكفيها، حيث لا يباح المس وإن[١٣] أبيح النظر[١٤]؛ لأن الشهوة متكاملة[١٥]، إلا[١٦] إذا كان يخاف[١٧] عليها[١٨]، أو على نفسه الشهوة، فحينئذ لا ينظر ولا يمس؛ لقوله عليه

---

(١) قوله: "في ثياب مهنتها" قال في "الفائق": قال الأصمعي: المهنة -بفتح الميم- هي الخدمة، ولا يقال: مهنة -بكسر الميم-. (غاية البيان)

(٢) أي ما وراء مواضع الزينة. (غن)

(٣) قوله: "والمصاهرة [مصاهرت داماد خسرى كردن. من]" كزوجة الأب والجد وإن علا، وزوجة الابن وإن سفل. (قاضي خان)

(٤) وهما الضرورة وقلة الرغبة.(ك)

(٥) أي فيما كان بسبب، أي في المحرم.(ك)

(٦) بالكسر: زنا كردن. (م)

(٧) قوله: "في الأصح" متعلق بقوله: أو سفاح؛ لأن اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزناء لا في المصاهرة بالنكاح؛ لأنهم قالوا جميعاً، إذا كان محرماً بسبب مباح أو شبهة يجوز الخلوة والمسافرة معها، وإذاكان محرماً بالزناء فلا تسافر معه عند بعضهم، وإليه ذهب القدوري، ونأخذ به؛ لأنها أثبتناحرمة المصاهرة بحيث لا يجوز نكاح أم المزنية وبنتها احتياطاً، والاحتياط أن لا يسافر، ولا يخلو معه. (غن)

(٨) قوله: "لما بينا" إشارة إلى ما ذكره بقوله: فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج، وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة. (ك)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٠) أي من ذوات محارمه.

(١١) المس.

(١٢) قوله: "في المسافرة" لأنه في المسافرة يحتاج إلى إركابها وإنزالها وخدمتها، فلو لم يجز المس أدى إلى الحرج، فجاز المس أيضاً للحرج، وقلة الرغبة. (غن)

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) إلى وجهها وكفها.

(١٥) قوله: "لأن الشهوة إلخ" فإن الشهوة بين الأجانب، والأجنبيات متكاملة، فلو جوزنا المس لأدى إلى الفساد غالبا. (غن)

(١٦) استثناء من قوله: ولا بأس إلخ. (ع)

السلام: «العينان تزنيان[١] وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش»*، وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب.

ولا بأس[٢] بالخلوة والمسافرة بهن[٣]؛ لقوله عليه السلام: «لا تسافر المرأة[٤] فوق ثلاثة أيام ولياليها[٥] إلاومعها زوجهاأوذورحم محرم منها»**، وقوله عليه السلام: «ألا لا يخلُون رجل بامرأة[٦] ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»***، والمراد إذا لم يكن[٧] محرمًا[٨]، فإن احتاجت[٩] إلى الإركاب[١٠] والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها، ويأخذ ظهرها وبطنها[١١] دون ما تحتهما إذا أمنا الشهوة.

---

(١٧) بالقطع أو الظن.

(١٨) أي على ذوات المحارم.

(١) قوله: "العينان إلخ" قلت أخرجه مسلم في كتاب القدر عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال: «كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا مدرك ذلك لا محالة فالعينان زناهما النظر والأذنان زناهما الاستماع واللسان زناه الكلام واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والقلب يهوى ويتمنى ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٨، والدراية ج٢ ص٢٢٩، الحديث٩٥٥. (نعيم)

(٢) قوله: "ولا بأس إلخ" ولو كان أكبر رأيه أنه لو خلا بها، أو سافر بها، أن يشتهيها لم يحل له ذلك؛ لأن الغالب ملحق بالقطعي احتياطًا. (غن)

(٣) أي ذوات المحارم.

(٤) قوله: "لا تسافر المرأة إلخ" قلت أخرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لا تسافر المرأة فوق ثلاث إلا ومعها زوجها أو ذو رحم منها. (ت)

(٥) قوله: "فوق ثلاثة أيام إلخ" كلمة فوق ههنا صلة، فإن حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضًا، وكان نظيره قوله تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٩، والدراية ج٢ ص٢٢٩، الحديث٩٥٦. (نعيم)

(٦) قوله: "ألا لا يخلون إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى من حديث عمرو بن عمرو بن جابر ابن سمرة وعامر بن ربيعة، وليس فيه قوله: ليس منها بسبيل، وهو محل الاستدلال. (ت)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٩، والدراية ج٢ ص٢٢٩، الحديث٩٥٧. (نعيم)

(٧) قوله: "والمراد [أي المراد من قوله: ليس منها بسبيل. ك] إذا لم يكن إلخ" أقول: لقائل أن يقول كون المراد إذا لم يكن محرمًا ليس بأجلى من أصل المسألة؛ لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجها، ولئن سلم كون المراد ذلك، فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لايستفاد من هذا الحديث، إلا بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندنا. (نت)

(٨) لأن المحرم بسبيل منها.

(٩) ذوات المحارم.

(١٠) أي إركاب ذوات الأرحام.

(١١) قوله: "ويأخذ ظهرها إلخ" ولا يجوز النظر إلى الظهر والبطن وما تحت السرة من ذوات المحارم؛ لأنه لا ضرورة إلى ذلك، فإن كان عليها ثياب إن كانت رقيقة يحكى ما تحتها، لم يجز النظر إليها؛ لأنها عورة، والنظر إلى

فإن خافها على نفسه، أو عليها تيقنًا، أو ظنًا، أو شكًا، فليجتنب ذلك[١] بجهده[٢]، ثم إن أمكنها[٣] الركوب بنفسها يمتنع[٤] عن ذلك[٥] أصلا، وإن لم يمكنها[٦] يتكلف[٧] بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان.

قال[٨]: وينظر الرجل[٩] من مملوكة[١٠] غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه[١١]؛ لأنها تخرج لحوائج مولاها، وتخدم أضيافه[١٢]، وهي[١٣] في ثياب مهنتها، فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب، كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب، وكان عمر رضي الله تعالى عنه[١٤] إذا رأى جارية متقنّعة[١٥] علاها[١٦] بالدرة، وقال: "ألقي عنك الخمار يا دفار[١٧]، أتتشبهين بالحرائر؟"*، ولا يحل النظر إلى بطنها[١٨] وظهرها، خلافًا لما يقوله محمد بن مقاتل[١٩]: إنه

العورة حرام، وإن كانت ثخينةً جاز ذلك؛ لأنه يقع النظر على الثياب دون العورة، ويجوز المس من وراء الثياب لما بينا أنه يحتاج إلى ذلك. (غن)

(١) المس.

(٢) قوله: "بجهده [جهد -بالفتح وبضم- توانائى وكوشش ورنج. م]" الجهد -بالضم والفتح- الاجتهاد، وعن الفراء بالضم الطاقة، وبالفتح المشقة. (مطول)

(٣) ذوات المحارم.

(٤) الرجل.

(٥) المس.

(٦) ذوات المحارم.

(٧) الرجل.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) هذا آخر الأقسام. (ع)

(١٠) إذا كانت بالغةً تشتهى مثلها. (غن)

(١١) قوله: "إلى ما يجوز" أي شعرها وصدرها وعضدها وثديها وقدمها وساقها. (مختصر كرخي)

(١٢) أي أضياف المولى.

(١٣) الواو حالية.

(١٤) قلت: غريب بهذا اللفظ، وقال البيهقي: والآثار بذلك عن عمر صحيحة، كذا في تخريج الزيلعي.

(١٥) تقنعت المرأة: پوشيد زن قناع. (من)

(١٦) علوته بالسيف: زدم آن را. (من) أي ضرب علاوتها أي رأسها. (ك)

(١٧) دفار كقطام داه. (من)

* انظر في نصب الراية ج٤ ص ٢٥٠ تحت الحديث الرابع والعشرين، وفي الدراية ج ٢ في بدء الصفحة ٢٣٠ تحت الحديث ٩٥٧ . (نعيم)

يباح[١] إلا إلى ما دون السرة إلى الركبة؛ لأنه لا ضرورة كما في المحارم، بل أولى لقلة الشهوة فيهن[٢]، وكمالها في الإماء[٣]، ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد[٤]؛ لتحقق الحاجة، والمستسعاة كالمكاتبة[٥] عند أبي حنيفة على ما عرف[٦].

وأما الخلوة بها[٧] والمسافرة معها، فقد قيل: يباح[٨]، كما في المحارم، وقد قيل: لا يباح[٩]؛ لعدم الضرورة[١٠] فيهن، وفي الإركاب والإنزال[١١] اعتبر محمد في "الأصل"[١٢] الضرورة[١٣] فيهن[١٤]، وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة[١٥].

قال: ولا بأس بأن يمس ذلك[١٦] إذا أراد الشراء، وإن[١٧] خاف أن يشتهي، كذا

---

(١٨) وما بين السرة منها إلى أن يجاوز الركبة. (مخ)

(١٩) قوله: "لما يقوله محمد بن مقاتل" مستدلا بقول ابن عباس رضي الله تعالى عنه: من أراد أن يشتري جارية فلينظر إليها إلا موضع المئزر. (زيلعي)

(١) أي النظر.

(٢) المحارم.

(٣) جمع أمة أي كنيزگ.

(٤) لكمال الرق. (غن)

(٥) قوله: "والمستسعاة" إذا أعتق المولى بعض مملوكه عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه، والمستسعى كالمكاتب، إذ هو مالك يداً لا رقبةً، وهذا كله عند أبي حنيفة على ما عرف في كتاب العتاق.

(٦) وعندهما حرة عليها دين. (غن)

(٧) أي الخلوة بأمة الغير والسفر بها. (غن) يعني إذا أمن بذلك على نفسه وعليها. (ع)

(٨) وإليه مال شمس الأئمة. (عناية)

(٩) وإليه مال حاكم الشهيد. (ع)

(١٠) قوله: "لعدم الضرورة" يعني أن الإباحة في الأمة باعتبار الضرورة، ولا ضرورة للأجنبي في حق الخلوة والسفر بها. (غن)

(١١) قوله: "وفي الإركاب إلخ" يعني إذا لم تقدر الأمة الأجنبية على الركوب والنزول إلا بمشقة وضرر يلحقها، فحينئذ يركبها وينزل بها الأجنبي، وفي ذوات المحارم اعتبر مجرد الحاجة، يعني يركبها وينزل بها بمجرد حاجة ذات الحرم إلى الركوب والنزول، سواء كان في ركوب نفسها أو نزولها ضررا أو لا. (غاية البيان)

(١٢) أي المبسوط.

(١٣) قوله: "الضرورة" أي الضرورة التي لا يدفع لها، يعني إذا خاف الهلاك على الأمة، بأن كانت في الضيافي، فلو لم يكن يركبها ينقطع عن القافلة ويهلك، وأما الحاجة أن تكون المرأة في البلد أو القرية، ولها حاجة أن تمشي إلى المزرعة. (ك)

(١٤) أي في الأماء للغير.

(١٥) أي اعتبر نفس الحاجة لا الضرورة. (ك)

(١٦) أي المواضع التي يجوز النظر إليها. (ن)

ذكره في "المختصر[١]" وأطلق[٢] أيضًا في "الجامع الصغير" ولم يفصل[٣]، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: يباح النظر في هذه الحالة[٤]، وإن[٥] اشتهى للضرورة، ولايباح المس إذا اشتهى[٦]، أو كان أكبر رأيه ذلك؛ لأنه نوع استمتاع[٧]، وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة[٨].

قال[٩]: وإذا حاضت الأمة لم تعرض[١٠] في إزار واحد[١١]، ومعناه بلغت[١٢]، وهذا موافق لما بينا؛ أن الظهر والبطن منها عورة[١٣]. وعن محمد أنها إذا كانت تشتهي، ويجامع مثلها فهي كالبالغة[١٤]، لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتهاء.

قال[١٥]: والخصي[١٦] في النظر إلى الأجنبية كالفحل؛ لقول عائشة رضي

---

(١٧) الواو وصلية.

(١) أي مختصر القدوري. (عيني)

(٢) محمد.

(٣) قوله: "ولم يفصل إلخ" أي لم يفصل في جواز المس من الأمة الأجنبية ما يجوز النظر إليه بين الاشتهاء وعدمه؛ لأنه قال في أصل "الجامع الصغير": محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يريد شراء جارية، فلا بأس بأن يمس ساقها وصدرها وذراعها، وينظر إلى ذلك كله مكشوفا، إلى ههنالفظ محمد فيه، فدل على جواز مس من يريد الشراء بالاشتهاء؛ لأن إطلاق اللفظ يشمل ذلك.

وإنما جاز مس هذه المواضع التي يحل النظر إليها؛ لأن النظر إنما جاز إليها لمساس الحاجة؛ لأن الأمة تحتاج إلى الخروج في الحوائج والأخذ والإعطاء وتكليف التيسر يؤدي إلى الحرج، فمست الحاجة إلى إباحة النظر، وكذلك يقع الحاجة إلى المس وذلك غرض صحيح، فحل المس. (غن)

(٤) أي حالة الشراء.

(٥) الواو وصلية.

(٦) بل يكره ذلك.

(٧) قوله: "لأنه نوع استمتاع" لأن المس بشهوة جماع معنى، والجماع حقيقة حرام، وإن أراد الشراء، فكذلك الجماع معنى، بخلاف النظر بشهوة، فإنه ليس بجماع أصلا. (غن)

(٨) وإن كان عن شهوة يكره. (غن)

(٩) أي قال محمد في "الجامع". (غن)

(١٠) على البيع.

(١١) قوله: "لم تعرض [على البيع. (غن) يعني تومر بلبس القميص. عيني] في إزار" المراد بالإزار ما يستر ما بين السرة والركبة. (غن)

(١٢) قوله: "ومعناه بلغت" لأن الحيض رديف البلوغ، فأراد به المردوف كناية. (غن)

(١٣) والنظر إلى العورة حرام.

(١٤) أي المشتهاة.

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٦) قوله: "والخصي [منزوع الخصيتين] إلخ" خصاه نزع خصيته يخصيه خصاء على فعال، والإخصاء في

الله تعالى عنها[١]*: الخصاء مثلة[٢]، فلا يبيح ما كان حرامًا قبله؛ ولأنه فحل يجامع[٣]، وكذا المجبوب[٤]؛ لأنه يسحق[٥] وينزل[٦]، وكذا المخنث في الرديء من الأفعال[٧]؛ لأنه فحل فاسق، والحاصل أنه يوخذ فيه[٨] بمحكم كتاب الله المنزل فيه[٩]، والطفل الصغير مستثني بالنص[١٠].

قال[١١]: ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبى النظر إليه منها، وقال مالك: هو كالـمَحرَم[١٢]، وهو أحد قولى الشافعى؛ لقوله تعالى[١٣]:

معناه خطأ، وأما الخصى كما فى حديث الشعبى على فعل فقياس، وإن لم نسمعه، والمفعول خصى على فعيل، والجمع خصيان. (ك)

(١) قوله: "لقول عائشة إلخ" قلت: غريب، وأخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس قال: "خصاء البهائم مثلة، وأخرج عبد الرزاق فى "مصنفه" عن شهر بن حوشب: "الخصاء مثلة". (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٥٠ تحت الحديث الرابع والعشرين، والدراية ج٢ ص٢٢٩ تحت الحديث ٩٥٧. (نعيم)

(٢) قوله: "الخصاء إلخ" روى ذلك عن عائشة رضى الله تعالى عنها فى عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال، وقوله: "فلا يبيح ما كان حرامًا قبله" من كلام عائشة كما يدل عليه تقرير الثقات فى عامة المعتبرات. (نت)

(٣) قوله: "ولأنه فحل إلخ" ولأن الخصى فى الأحكام مثل الشهادة والمواريث كالفحل، وقطع الآلة منه كقطع عضو آخر، ومعنى الفتنة لا يفوت بالخصاء؛ فإنه قد يجامع، وقيل: هو أشد الناس جماعا؛ لأن آلته لا تفتر. (كف)

(٤) مقطوع الذكر والخصيتين. (عينى)

(٥) سحق بالفتح: سودن. (م)

(٦) قوله: "وينزل [المنى. عناية]" ولهذا لو جاءت امرأته بولد يثبت نسبه، فصار هو والفحل بمنزلة واحدة. (غن)

(٧) قوله: "فى الرديء إلخ" قيد بالرديء من الأفعال، وهو أن يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذى فى أعضاءه لين وفى لسانه تكسر بأصل الخلقة، ولا يشتهى النساء، ولا يكون مجيبًا فى الردى من الأفعال، فأنه قد رخص بعض مشايخنا فى ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى: ﴿أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال﴾ قيل: هو المخنث الذى لا يشتهى النساء، وقيل: هو المجبوب الذى جف ماءه.

وقيل: المراد منه الأبله الذى لا يدرى ما يصنع بالنساء، إنما همته بطنه، وفى هذا كلام أيضًا؛ فإنه إذا كان شابًا ينحى عن النساء، وإنما ذلك إذا كان شيخا كبيرًا قد ماتت شهوته، فحينئذ يرخص فى ذلك. (ن)

(٨) أى فى كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة، أعنى الخصى والمجبوب والمخنث. (نت)

(٩) قوله: "بمحكم كتاب الله المنزل فيه" وهو قوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ إلخ، قال شمس الأئمة: إن قوله تعالى: ﴿أو التابعين﴾ إلخ من المتشابه، وقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا﴾ إلخ محكم، فنأخذ بالمحكم ونقول: كل من كان من الرجال، فلا يحل لها أن تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه، ولا يحل له أن ينظر إليها. (ك)

(١٠) قوله: مستثنى بالنص" وهو قوله تعالى: ﴿أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾ أى لم يطلعوا ولم يعرفوا العورة، ولا يميزون بينها وبين غيرها. (ع)

(١١) أى القدورى فى "مختصره" (غن)

(١٢) قوله: "هو [مملوك] كالـمَحرَم" بل هو محرم، ألا ترى أنه لا يجوز أن يتزوجها، قلنا: لا نسلم؛ لأن حرمة النكاح بينهما موقتة، فصارت كالمزوجة بالغير، وأخت زوجته، ولهذا لا يجوز أن يسافر معها، ولوكان محرمًا جاز. (ت)

(١٣) قوله: "لقوله تعالى إلخ" وذلك؛ لأن كلمة ما عامة، تتناول الذكور والإناث، فيحل لمن أبدأ مواضع زينتهن

﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾، ولأن الحاجة[١] متحققة لدخوله[٢] عليها من غير استئذان.

ولنا أنه[٣] فحل غير محرم ولا زوج، والشهوة متحققة لجواز النكاح[٤] فى الجملة[٥]، والحاجة قاصرة؛ لأنه[٦] يعمل[٧] خارج البيت[٨]، والمراد بالنص الإماء[٩]، قال سعيد[١٠] والحسن[١١] وغيرهما[١٢]: لا تغرنكم سورة النور[١٣]، فإنها فى الإناث دون الذكور*.

قال[١٤]: ويعزل عن أمته بغير إذنها، ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها؛ لأنه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها[١٥]، وقال[١٦] لمولى أمة: «اعزل عنها إن

إلى مماليكهن. (غن)

(١) قوله: "ولأن الحاجة إلخ" أى المولاة قد تحتاج إلى خدمة العبد، وهو يدخل عليها بلا استئذان، وهى كاشفة شعرها وقدمها، فلو لم يجز النظر لأدى إلى الحرج. (غن)

(٢) مملوك.

(٣) مملوك.

(٤) دليل لعدم المحرمية.

(٥) أى إذا أعتق المملوك.

(٦) مملوك.

(٧) عادةً.

(٨) لا داخل البيت.

(٩) قوله: "والمراد[جواب عن استدلال مالك والشافعى. ع] بالنص [أى قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ ع] إلخ" والمراد من قوله تعالى: ﴿أو نسائهن﴾ الحرائر المسلمات؛ لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدى مشركة أو كتابية، كذا عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه، والظاهر أنه عنى بنساءهن من فى صحبتهن من الحرائر ونساء، كلهن سواء فى حل نظر بعضهن إلى بعض. (ك)

(١٠) قوله: قال سعيد" أى سعيد بن المسيب، وهكذا فى "الكشاف"، وفى "النهاية": أطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة إلى أبيه؛ فيصح تناوله للسعيدين، أى سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، وتبعه صاحب "العناية" و "الكفاية"، وتعقبه صاحب "غاية البيان"، بأنه يلزم حينئذٍ أن يكون للمشترك عموم فى موضع الإثبات، وهو فاسد.

أقول: إن المراد بالتناول فى قولهم: التناول على سبيل البدل، وهو جائز فى المشترك، وإنما الممنوع فيه عندنا التناول على سبيل الشمول والعموم كما هو مصرح فى الأصول. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١١) البصرى. (غن)

(١٢) سمرة بن جندب. (ك)

(١٣) قوله: "لا تغرنكم" قلت: غريب بهذا اللفظ، وبمعناه ما رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن سعيد ابن المسيب قال: ﴿لا يغرنكم﴾ آية، إلا ما ملكت أيمانكم، إنما عنى به الأماء، ولم يعن به العبيد، وحدث عبد الأعلى عن الحسن أنه كره أن يدخل المملوك على مولاته بغير إذنها. (ت)

* انظر فى نصب الراية ج ٤ ص ٢٥١ تحت الحديث الرابع والعشرين، وفى الدراية ج ٢ص٢٢٩ تحت الحديث٩٥٧ . (نعيم)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٥) رواه ابن ماجة عن عمر بن الخطاب. (ت)

شئت[١]»*، ولأن الوطئ حق الحرة قضاء للشهوة، وتحصيلا للولد، ولهذا تخير في الجب[٢] والعنة[٣]، ولا حق للأمة في الوطئ[٤]، فلهذا[٥] لا ينقص[٦] حق الحرة بغير إذنها[٧]، ويستبد[٨] به[٩] المولى، ولو كانت تحته أمة غيره، فقد ذكرناها في النكاح[١٠].

فصل في الاستبراء و غيره[١١]

قال[١٢]: ومن اشترى جارية[١٣]، فإنه لا يقربها، ولا يلمسها، ولا يقبلها، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها.

والأصل[١٤] فيه قوله عليه السلام في سبايا أوطاس[١٥]: «ألا لا توطأ الحبالى[١٦]

---

(١٦) النبي عليه السلام.

(١) رواه أبو داود عن جابر. كذا في "غاية البيان"

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٥١، والدراية ج٢ ص ٢٣٠، الحديث ٩٥٨. (نعيم)

(٢) قوله: "في الجب [أي إذا كان الزوج مجبوبًا أو عنينًا خيرت في الفسخ]" المجبوب: هو الذي استوصل ذكره وخصيتاه من الجب وهو القطع، كذا في "العناية".

(٣) قوله: "والعنة" العنين فعيل من "عن": إذا عرض، فإن ذكره يسترخي، فيعن يمينا وشمالا، ولا يقصد المأتى منها، والفقهاء يذكرون في مصدره العنة، ولم يوجد ذلك في كتب اللغة، والعنين هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، وإن كان يصل إلى الثيب، دون الأبكار، أو إلى بعض النساء دون البعض. (مجمع البركات)

(٤) فلم يتوقف العزل على رضاها. (غن)

(٥) أي فلأجل أن الوطئ حق الحرة، ولا حق للأمة في الوطئ. (غن)

(٦) الزوج. (غن)

(٧) بأن يعزل عنها. (غن)

(٨) يتفرد.

(٩) أي بالعزل. (غن)

(١٠) قوله: "فقد ذكرناها في النكاح" وهو قوله: إذا تزوج أمته فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن إليها. إلخ. (ك)

(١١) قوله: "فصل في الاستبراء [هو طلب براءة الرحم عن الولد. غن] إلخ" الوطئ المقيد نفسه بعد الوطئ المطلق نفسه، فأخر ما يتعلق بالوطئ المقيد، وهو الاستبراء بما يتعلق بالوطئ المطلق. (نت)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) قوله: "ومن اشترى إلخ" في إطلاق هذه المسألة نظر؛ فإن من اشترى جارية كانت تحت نكاحه، أو كانت تحت نكاح غيره، ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها ذلك المشتري وقبضها، أو كانت معتدة الغير، فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها، لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور، كما صرحوا به. (نتائج الأفكار)

(١٤) دليل.

(١٥) قوله: "في سبايا [أخرج الدار قطني عن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ أن توطأ حامل حتى تضع، أو

حتى يضعن حملهن ولا الحَيالى[1] حتى يستبرئن بحيضة»*، أفاد وجوب الاستبراء على المولى[2]، ودل على السبب فى المسبية[3]، وهو استحداث الملك واليد[4]، لأنه هو الموجود فى مورد النص[5].

وهذا[6] لأن الحكمة[7] فيه التعرف عن براءة الرحم؛ صيانةً[8] للمياه المحترمة[9] عن الاختلاط[10]، والأنساب عن الاشتباه، وذلك[11] عند حقيقة الشغل[12]، أو توهم الشغل بماء محترم[13]، وهو أن يكون الولد ثابت النسب[14]،

حائل حتى تحيض.انتهى.ت] إلخ" السبايا جمع سبية: وهى جارية تسبى، وأوطاس: اسم موضع على ثلاث مراحل من مكة، ولرسول الله ﷺ غزوة مشهورة به، وهى غزوة حنين. (غن)

(١٦) جمع حبلى: زن حامله.

(١) قوله: "ولا الحيالى [حائل نا زاينده از هر حيوان. من] إلخ" الحيالى جمع حائل، وهى التى لا حمل لها - على خلاف القياس - للازدواج بالحبالى، وهى جمع حبلى، ويستبرئن - بالهمزة لا غير - من استبراء الجارية، وهو طلب براءة رحمها من الحمل بحيضة أو ما قام مقامها. (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٢، والدراية ج٢ ص٢٣٠، الحديث ٩٥٩ . (نعيم)

(٢) قوله: "أفاد [هذا الحديث] وجوب إلخ" لأن النهى عن الوطئ مع الملك، وهو المطلق الحاضر يدل على وجوب الاستبراء؛ لأنه لو لم يجب لما منع المالك عن استيفاء حقه، والنفى أبلغ عن النهى. (ك)

(٣) أى السبب الكائن فى المسبية.

(٤) قوله: "وهو استحداث إلخ" لا يقال: الوجه كونها مسبية؛ لأنه إضافة، والإضافة لا مدخل لها فى العلة؛ لأن لو اعتبر ذلك انسد باب القياس، وأنه مفتوح بالنصوص، فلم يبقَ ههنا إلا كونها مملوكة رقبة ويدا، وهو المؤثر كما ذكر فى الكتاب. (تاج الشريعة)

(٥) قوله: "لأنه هو الموجود [الصالح للسببية. أعظمى] إلخ" يعنى أن الموجود فى مورد النص وهو قوله: ألا لا توطأ الحبالى ليس إلا استحداث الملك واليد، فيكون هو السبب، ولما منع الشرع عن الوطئ مع الملك لا يخلو عن حكمة، وهى صيانة الماء عن الخلط بماء غيره، ولا يجوز أن يكون الحكمة موجبة؛ لأن الحكمة معقبة والعلة سابقة. (ك)

(٦) أى وجوب الاستبراء.

(٧) أى الفائدة.

(٨) قوله: "صيانةً إلخ" أورد عليه صاحب "الإصلاح" و"الإيضاح" حيث قال: يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد من مائين؛ لعدم امكان الاختلاط بينهما، انتهى. أقول: ليس هذا بشىء، إذ ليس المراد بالاختلاط المذكور فى قولهم صيانة إلخ، الاختلاط الحقيقى، بل المراد به الاختلاط الحكمى، وهو أن لا يتبين الولد من أى ماء انعلق، يرشد إليه قول المصنف: "والأنساب عن الاشتباه". ويفصح عنه قول "الكافى" فى تعليل الاختلاط، إذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها، فلا يدرى أن الولد منه، أو من غيره، والذى ينكرونه أنما هو اختلاط المائين اختلاطًا حقيقيا. (نت)

(٩) المعززة.

(١٠) بماء آخر.

(١١) أى الصيانة.

(١٢) كما فى الحبالى.

(١٣) قوله: "بماء محترم" إنما قيده بماء محترم وإن كان الحكم فى غير المحترم كذلك؛ فإن الجارية إذا كانت حاملا

ويجب[١] على المشترى، لا على البائع[٢]، لأن العلية الحقيقة إرادة الوطئ[٣]، والمشترى هو الذى يريده دون البائع، فيجب عليه، غير أن الإرادة أمر مبطن[٤]، فيدار الحكم على دليلها، وهو التمكن من الوطئ[٥]. والتمكن إنما يثبت بالملك واليد، فانتصب[٦] سببًا، وأدير الحكم عليه[٧] تيسيرًا، فكان السبب[٨] استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد، وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك[٩] كالشراء والهبة، والوصية والميراث والخلع والكتابة[١٠] وغير ذلك[١١]. وكذا يجب[١٢] على المشترى من مال الصبى[١٣]، ومن المرأة، ومن المملوك[١٤]، وممن لا يحل له وطئها[١٥]، وكذا[١٦] إذا كانت المشتراة بكرًا لم توطأ؛ لتحقق السبب[١٧]، وإدارة الأحكام على

من الزنا لا يحل وطئها؛ لأنه إخراج الكلام مخرج أوضاع الشرع؛ لأن وضع الشرع أن لا يكون إلا فى الحلال. (تاج)

(١٤) قوله: "وهو" أى المحترم بأن يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة أن، كما هو القياس على ما عرف فى علم النحو، وكون الولد ثابت النسب، إنما يتحقق بأن يكون الأمة من قبل فى ملك الغير نكاحا، أو يمينا. (نت)

(١) الاستبراء.

(٢) لأنه معرض. (تاج الشريعة)

(٣) لأنه إذا أراد الوطئ، وجب عليه الاستبراء. (غن)

(٤) أى مخفي، والتبطين فى الأصل: جامه را استر كردن، كذا فى "تاج البيهقى".

(٥) فإن صحيح المزاج إذا تمكن أراد. (ع)

(٦) التمكن، أى قام.

(٧) التمكن.

(٨) قوله: "فكان السبب [وهذا فى المسبية وتعدى. إلخ]" أى العلة لصدق تعريفها عليه، وهى الباعث للشارع على الحكم لحكمة، واستحداث الملك كذلك. (أعظمى)

(٩) حتى وجب عليه الاستبراء بأى سبب كان. (غن)

(١٠) قوله: "والخلع [بأن جعل الأمة بدل الخلع، أو بدل الكتابة] والكتابة" يعنى إذا خالع امرأته على جارية، أو كاتب عبده على جارية لايحل للزوج والمولى وطئ الجارية قبل الاستبراء. (غن)

(١١) قوله: "وغير ذلك [كالصدقة]" كما إذا تصدق على الفقير بجارية يجب الاستبراء على الفقير، كما إذا آجر داره على جارية إلى سنة، لا يحل وطئ المؤجر قبل الاستبراء. (غن)

(١٢) الاستبراء.

(١٣) قوله: "من مال الصبى ومن المرأة ومن المملوك" يعنى إذا باع أب الصبى أو وصيه جارية الصبى، يجب على المشترى الاستبراء، وكذا إذا اشترى جاريته من مولاتها يجب الاستبراء، ولا يحل الوطئ قبله. (غن)

(١٤) بأن يشترى جارية من عبده المأذون، وعليه دين مستغرق. (عينى)

(١٥) قوله: "وممن لايحل له إلخ" بأن كانت الجارية أخت البائع من الرضاع، أو كان البائع وطئ أمها، أو وطئها أبوه أو ابنه. (ك)

(١٦) أى يجب الاستبراء. (غن)

(١٧) هو استحداث الملك واليد.

الأسباب دون الحِكَم[١] لبطونها[٢]، فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل[٣].

وكذا لا يجتزأ[٤] بالحيضة[٥] التي اشتراها في أثنائها، ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء، أو غيره[٦] من أسباب الملك قبل القبض، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض، خلافًا لأبي يوسف[٧]؛ لأن السبب[٨] استحداث الملك واليد[٩]، والحكم لا يسبق السبب. وكذا لا يجتزأ بالحاصل[١٠] قبل الإجازة في بيع الفضولي، وإن كانت[١١] في يد المشتري، ولا بالحاصل[١٢] بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها[١٣] شراءً صحيحًا لما قلنا[١٤].

ويجب[١٥] في جارية للمشتري فيها شقص[١٦]، فاشترى الباقي؛ لأن السبب قد تم الآن[١٧]، والحكم يضاف إلى تمام العلة، ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد

---

(١) جمع حكمة: وهي ههنا تعرف براءة الرحم.

(٢) البطون: نهان شدن، ودرميان جيزى شدن. (تاج)

(٣) قوله: "عند توهم الشغل [بالماء]" فإن قلت: كيف يتصور توهم الشغل في المشتراة من مال الصبي ومن المرأة، وفي المشتراة البكر، قلت: يحتمل أن يكون جارية الصبي والمرأة موطوءة بشبهة، فيثبت النسب من الواطئ، فيثبت توهم الشغل، وأما البكر فإن الرجل قد يجامعها، فيسبق الماء، فتحبل مع بقاء البكارة، فيثبت توهم الشغل أيضًا بهذا الطريق. (غن)

(٤) اجتزاء -بزاى معجمه- بس كردن. (م)

(٥) أي إذا اشترى الأمة وهي حائض، فظهرت من تلك الحائضة لا يجتزأ بها. (غن)

(٦) كالهبة والصدقة.

(٧) قوله: "خلافًا لأبي يوسف [فإن عنده يجتزأ بها، يفهم من "العناية" و "النهاية" أن خلاف أبي يوسف في الصورة الأولى من هذه الصور الثلاث]" فإن عنده يجتزى بتلك الحيضة للتيقن بفراغ الرحم، كما لو طلقها قبل الدخول، لايجب العدة بذلك. (ك)

(٨) دليل لعدم الاجتزاء.

(٩) واليد مفقود في هذه الصور.

(١٠) أي بالاستبراء الحاصل. (غن)

(١١) الجارية.

(١٢) قوله: "ولا بالحاصل إلخ" لأن العلة لم توجد وهي الملك واليد، وحكم الشيء لا يسبق عليه، فكان الاستبراء الحاصل قبل السبب كان لم يكن. (غن)

(١٣) جارية.

(١٤) قوله: "لما قلنا [دليل لعدم الاجتزاء]" إشارة إلى قوله: لأن السبب استحداث الملك واليد، والحكم لا يسبق السبب. (غن)

(١٥) الاستبراء.

(١٦) پاره.

(١٧) قوله: "لأن السبب إلخ" أي لأن السبب لحل الوطئ، وهو ملك الرقبة قد تم الآن، أي بعد ما ملك جميع

القبض[١]، وهي[٢] مجوسية، أو مكاتبة، بأن كاتبها[٣] بعد الشراء، ثم اسلمت المجوسية، أو عجزت المكاتبة لوجودها[٤] بعد السبب، وهو استحداث الملك واليد؛ إذ هو مقتضٍ للحل[٥] والحرمة[٦] لمانع[٧]، كما في حالة الحيض[٨].

ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة[٩]، أو ردت[١٠] المغصوبة، أو المؤاجرة[١١]، أو فكت المرهونة[١٢]؛ لانعدام السبب، وهو استحداث الملك واليد، وهو سبب متعين، فأدير الحكم عليه وجوبًا وعدمًا، ولها[١٣] نظائر كثيرة كتبناها في "كفاية المنتهى"[١٤]. وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطئ حرم الدواعي[١٥]؛ لإفضاءها إليه[١٦] أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع[١٧] بخلاف الحائض، حيث لا تحرم الدواعي فيها[١٨]؛ لأنه لا

رقبتها، وملك بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة، وثبوت الحكم عند كمال العلة. (كف)

(١) قوله: "ويجتزأ إلخ" قال الكرخي في "مختصره" وإذا اشترى الرجل أمة مجوسية، أو كانت مسلمةً، فكاتبها قبل أن يستبرأها، ثم حاضت المكاتبة في حال كتابتها، أو أسلمت المجوسية، أجزأت تلك الحيضة من الاستبراء، إلى ههنا لفظ الكرخي، وذلك لأن الحيضة وجدت بعد سبب الاستبراء، وحرمة الوطئ لا يمنع من الاعتداد بالحيضة عن الاستبراء، كمن اشترى جارية محرمة، فحاضت في حال إحرامها. (غن)

(٢) الواو حالية.

(٣) المشترى.

(٤) حيضة.

(٥) أي حل الوطئ.

(٦) أي حرمة الوطئ.

(٧) أي كونها مجوسية أو مكاتبة.

(٨) أي كما أن الحرمة في حالة الحيض لمانع.

(٩) قوله: "الآبقة" يعني التي أبقت في دار الإسلام، ثم رجعت إلى مولاها، فإن أبقت إلى دار الحرب، ثم عادت إليه بوجه من الوجوه، فكذلك عند أبي حنيفة؛ لأنهم لا يملكونها فلم يحدث الملك، وعندهما يجب عليها الاستبراء؛ لأنهم ملكوها. (عن)

(١٠) إلى المالك.

(١١) آجره إيجاراً ومؤاجرةً: بكرايه داد او را. (من)

(١٢) فكّ: از گرو بيرون آوردن گرد شد را. (م)

(١٣) أي لهذه المسألة.

(١٤) قوله: "نظائر كثيرة إلخ" منها إذا كاتب أمة، ثم عجزت، وردت في الرق لا يلزم الاستبراء، وكذلك إذا باعها على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وسلم إلى المشترى، ثم أبطل البيع في مدة الخيار، ومنها لا يلزمه الاستبراء إذا أودعها، ثم استردها. (ك)

(١٥) من القبلة واللمس وغيرهما.

(١٦) الوطئ.

يحتمل الوقوع[١] فى غير الملك؛ ولأنه زمان نفرة، فالإطلاق[٢] فى الدواعى لا يفضى إلى الوطئ.

والرغبة فى المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات[٣]، فتفضى إليه[٤]، ولم يذكر الدواعى فى المسبية[٥].

وعن محمد أنها لا تحرم[٦]؛ لأنها لا تحتمل وقوعها فى غير الملك؛ لأنه لو ظهر بها[٧] حبل لا تصح دعوة الحربي، بخلاف المشتراة على ما بينا[٨].

والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل؛ لما روينا[٩]، وفى ذوات الأشهر[١٠] بالشهر؛ لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض، كما في المعتدة[١١].

وإذا حاضت في أثناءه بطل الاستبراء بالأيام؛ للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى العدة[١٢]، فإن ارتفع حيضها[١٣] تركها حتى إذا تبين[١٤] أنها

---

(١٧) قوله: "على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع" فصارت أم ولده، فيظهر أن الدواعى حصلت فى ملك غيره. (كف)

(١٨) أى فى حال الحيض.

(١) فى الحائضة.

(٢) إباحة.

(٣) قوله: "أصدق [أكمل] الرغبات" لتوفر رغبته فيها، ما لم يحصل مقصوده منها. (كف)

(٤) الوطئ.

(٥) قوله: "ولم يذكر [يعنى فى ظاهر الرواية. ع] إلخ" استشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الأصل، وهو المسبية إلى الفرع، وهو غيرها بتغير حيث حرمت الدواعى فى غير المسبية دونها، ويمكن أن يجاب عنه: بأن التعدية ههنا بطريق الدلالة، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل ههنا، أن حرمة الدواعى فى هذا الباب مجتهد فيه، لم يقل بها الشافعى وأكثر الفقهاء، فلما كان علتها فى المسبية أمرا واحدا، وهو الإفضاء لم تعتبر، ولما كان فى غيرها أمران: الإفضاء والوقوع فى غير الملك تعاضدا، فاعتبرت. (ع)

(٦) فى المسبية.

(٧) المسبية.

(٨) قوله: "على ما بينا" إشارة إلى قوله: أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع. (نتائج الأفكار)

(٩) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن. (غن)

(١٠) كالآئسة والصغيرة.

(١١) قوله: "كما فى المعتدة" أى كما أن الشهر يقوم مقام الحيض فى حق المعتدة إذا كانت من ذوات الأشهر. (مل)

(١٢) قوله: "كما فى العدة" أى إذا كانت عدتها بالأشهر، فرأت الدم فى خلالها يجب الاعتداد بالحيض. (عينى)

(١٣) قوله: "فإن ارتفع حيضها" أى امتد طهرها فى أوان الحيض لا يطأها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل، جامعها؛ لأن المقصود تعرف براءة الرحم، وقد حصل بمضى مدة تدل على أن الحبل لو كان لظهر. (ع)

قوله: "فإن ارتفع" أى من ابتاع جارية ممن تحيض، فقبضها فارتفع حيضها لأمر حمل يعلم أنه بها، فإن محمدا روى

ليست بحامل وقع عليها[١] وليس فيه[٢] تقدير في ظاهر الرواية، وقيل: يتبين بشهرين أو ثلاثة[٣].

وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام[٤]، وعنه شهران[٥] وخمسة أيام اعتباراً بعدة الحرة، والأمة في الوفاة، وعن زفر سنتان[٦]، وهو رواية عن أبي حنيفة.

قال[٧]: ولا بأس بالاحتيال[٨] لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد، وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة[٩].

والمأخوذ[١٠] قول أبي يوسف فيما إذا علم، أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك، وقول محمد فيه إذا قربها، والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء، ثم يشتريها.

ولو كانت[١١] فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء، أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به[١٢]، ثم يشتريها[١٣] ويقبضها أو يقبضها[١٤]، ثم يطلق الزوج[١٥]؛ لأن عند

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: تركها أي لا يطوها حتى إلخ. (مختصر طحاوي)

(١٤) قوله: "حتى إذا تبين إلخ" فإن الحال إذا مضت مدة ظهر علامات حملها بانتفاخ جوفها، ونزول لبنها، فإذا مضت المدة ولم يبين الحمل، فالظاهر أنها غير حامل، فصار كما لو استبرأها بحيضة، فحل وطئها. (غن)

(١) قوله: "وقع [أي جامع بها] عليها" أي تمتع بها من قولهم وقع الطير على اللحم، وتفسير الوقوع بالجماع تفسير بأحد أنواع التمتع. (أعظمي)

(٢) أي في التبين المذكور.

(٣) هذا أصح لظهور الحبل في ذلك غالبا. (ع)

(٤) قوله: "أربعة إلخ" فإن أربعة أشهر وعشرا أقصى ما يقع به الاستبراء بالشهور، فإذا مضت ولم يظهر الحمل، حل الوطئ، ووجه الرواية الأخرى عنه، أن هذا القدر يعتبر في الحرة، فأما الأمة فأقصى ما يعتبر استبراءها بالشهور، شهران وخمسة أيام في عدة الوفات، فإذا مضت جاز الوطئ. (غن)

(٥) قوله: "شهران وخمسة أيام" هذا هو القول المرجوع إليه والفتوى عليه؛ لأنه متى صلحت للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح في الإماء، فلأن يصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين، وهو دونه أولى. (ك)

(٦) قوله: "سنتان" لأنه أكثر مدة يبقى الولد في البطن. (كف)

(٧) أي المصنف. (عيني)

(٨) حيله ساختن. (م)

(٩) قوله: "وقد ذكرنا الوجهين" أي وجهي قول أبي يوسف وقول محمد يعني بسبيل الإشارة، فما قالا في الشفعة: وهو أن هذا منع عن وجوب الاستبراء ورفع لثبوته، فلا يلزم الاحتيال في الإسقاط عند أبي يوسف، ووجه قول محمد أن الاستبراء إنما يجب صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط، وصيانة للإنسان عن الاشتباه، فلو جاز الاحتيال في الاسقاط، يلزم الاختلاط، والاشتباه فيكره. (عن)

(١٠) أي المعمول.

(١١) أي تحت المشتري حرة.

وجود السبب[١]، وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن[٢] فرجها حلالا له[٣] لا يجب الاستبراء، وإن[٤] حل[٥] بعد ذلك[٦]؛ لأن المعتبر أوان وجود السبب، كما إذا كانت معتدة الغير[٧].

قال[٨]: ولا يقرب المظاهر[٩]، ولا يلمس ولا يقبل، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة، حتى يكفر؛ لأنه لما حرم الوطئ[١٠] إلى أن يكفر حرم الدواعي[١١] للإفضاء إليه؛ لأن الأصل[١٢] أن سبب[١٣] الحرام[١٤] حرام[١٥]، كما في الاعتكاف والإحرام،

---

(١٢) قوله: "ممن يوثق به [وثق به: اعتماد كردن بر آن. (من) أي يعتمد عليه، ولا يخاف عليه أن لا يطلقها. غن]" لأنه إذا لم يوثق به ربما لا يطلقها، فلا يحصل المقصود، وفي فتاوى "قاضي خان" وإذا اشترى جارية، وأراد أن يزوجها قبل القبض، وخاف أنه لو زوجها من عبده أو أجنبي، ربما لا يطلقها الزوج، فالحيلة له أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده؛ ليطلقها متى شاء. (ك)

(١٣) في الصورة الأولى.

(١٤) في الصورة الثانية.

(١٥) قوله: "ثم يطلق الزوج" يعني بعد القبض؛ لأنه إن طلقها قبل القبض كان على المشتري الاستبراء، إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد؛ لأنه إذا طلقها قبل القبض فإذا قبضها، والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد، صار كأنه اشتراها في هذه الحالة، وليست في نكاح ولا عدة، فيلزم الاستبراء. (ع)

(١) أي سبب وجوب الاستبراء.

(٢) لوجود زوجها.

(٣) المشتري.

(٤) الواو متصلة.

(٥) بالطلاق.

(٦) أي وجود السبب.

(٧) قوله: "كما إذا كانت إلخ" يعني إذا اشترى أمة معتدة، وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض، لا يجب الاستبراء؛ لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري، فلما لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك، لم يجب بعده؛ لعدم تجدد السبب. (نهاية)

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٩) قوله: "المظاهر إلخ" هذه المسألة ليست من مسائل الاستبراء، لكنها مذكورة في "الجامع الصغير" استطرادا، فإن الكلام لما إنساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي، وفي هذه المسألة حرمة الدواعي ذكرها، ويجوز أن يقال: صدر الفعل بالاستبراء وغيره، وهذه من غيره. (ع)

(١٠) لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾. (غن)

(١١) من المس والنظر إلى الفرج بشهوة.

(١٢) أي القاعدة الكلية.

(١٣) دواعي.

(١٤) الوطئ.

وفي المنكوحة إذا وطئت بشبهة[١].

بخلاف حالة الحيض والصوم[٢]؛ لأن الحيض يمتد شطر عمرها[٣]، والصوم يمتد شهراً فرضًا، وأكثر العمر نفلا، ففي المنع عنها بعض الحرج، ولا كذلك ما عددناها لقصور مُدَدها[٤]، وقد صح: «أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم[٥] ويضاجع نساءه وهن حيض[٦]»*.

قال[٧]: ومن له أمتان أختان، فقبّلهما بشهوة[٨]، فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها، ولا يمسها بشهوة، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة، حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها. وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطئًا[٩]؛ لإطلاق قوله تعالى[١٠]: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾، ولا يعارض بقوله تعالى[١١]: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ لأن الترجيح للمحرم[١٢].

---

(١٥) قوله: "حرام" لأنه لو كان السبب حلالا، كان المسبب أيضًا حلالا؛ لأن المقصود من مشروعيته السبب، هو المسبب، كما في الاعتكاف لما حرم الوطئ حرم الدواعي أيضًا، والإحرام لما حرم الوطئ حرم الدواعي أيضًا، وفي المنكوحة إذا وطئت بشبهة حرم وطئها قبل انقضاء العدة، فكذلك حرم الدواعي. (غن)

(١) فلا يحل للزوج الأول الوطئ والدواعي قبل العدة.

(٢) فإن فيها يحرم الوطئ ولا يحرم الدواعي. (غن)

(٣) قوله: "يمتد شطر [نصف] عمرها" أي قريبًا من شطر عمرها، وهو عشرة أيام في كل شهر، فكان قريبًا من خمسة عشر يوما، وهي نصف الشهر. (ك)

(٤) المدة -بالضم- پاره از روزگار. (من)

(٥) هذا حديث، رواه الأئمة الستة عن عائشة. (ت)

(٦) قوله: "ويضاجع [هذا حديث آخر إلخ" أخرجه الأئمة الستة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يأمر إحدانا إذا كانت حائضًا أن تتزر ثم يضاجعها. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٣، والدراية ج٢ ص٢٣٣، الحديث ٩٦٢. (نعيم)

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٨) قوله: "فقبلهما [قيد بذلك؛ لأنه إذا لم تكن بشهوة لا يكون معتبرا عناية] إلخ" لأنه إذا لم يقبلهما أصلا، كان له أن يقبل، ويطأ أيهما شاء، سواء كان اشتراهما معا، أو اشتراهما على التعاقب، وإن قبل واحدة منهما فله أن يطأ المقبلة دون الأخرى، وإذا لم يكن التقبيل بشهوة صار كأنه لم يقبلهما أصلا. (ن)

(٩) وعقدا. (زيلعي)

(١٠) قوله: "لإطلاق إلخ" والمراد الجمع بينهما وطئًا وعقدًا؛ لأنه معطوف على المحرمات وطئًا وعقدًا. (زيلعي)

(١١) قوله: "ولا يعارض إلخ" فإن قلت: الأصل في الدلائل الجمع، وأمكن ههنا بأن يحمل قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا﴾ على النكاح، وقوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ على ملك اليمين، قلت: المعنى الذي يحرم الجمع بين الأختين نكاحا وجد ههنا، وهو قطعية الرحم، فيثبت الحكم ههنا أيضًا؛ ولأن قوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ مخصوص

وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي[١] لإطلاق النص؛ ولأن الدواعي إلى الوطئ بمنزلة الوطئ في التحريم، على ما مهدناه من قبل[٢]، فإذا قبلهما فكأنه[٣] وطئهما، ولو وطئهما ليس له أن يجامع إحداهما[٤]، ولا أن يأتي بالدواعي فيهما، فكذا إذا قبلهما. وكذا إذا مسهما بشهوة، أو نظر إلى فرجهما بشهوة؛ لما بينا[٥]، إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها[٦]، لأنه لما حرم عليه فرجها[٧] لم يبقَ جامعًا.

وقوله: بملك أراد به ملك يمين، فينتظم التمليك بسائر أسبابه[٨] بيعًا أو غيره[٩]، وتمليك الشقص[١٠] فيه كتمليك الكل؛ لأن الوطئ يحرم به، وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها، وكذا الكتابة[١١] كالإعتاق[١٢] في هذا[١٣] لثبوت

إجماعا، فإن أمه وأخته من الرضاع والأمة المجوسية حرام، فلا يعارض ما ليس بمخصوص، وهو المحرم للجمع. (تاج الشريعة)

(١٢) قوله: "لأن الترجيح للمحرم" عن علي رضي الله تعالى عنه أنه سئل عن تحريم الجمع بين الأختين وطئًا، فقال: أحلتهما آية أي قوله تعالى: ﴿أوما ملكت أيمانكم﴾، وحرمتهما آية، أي قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾، فالتحريم أولى. (كف)

(١) من القبلة والمس وغيرهما.

(٢) إشارة إلى قوله؛ لأن الأصل أن سبب الحرام حرام.

(٣) لأنه قد باشر حرامًا، فنزل منزلة وطئهما. (غن)

(٤) لأنه يصير جامعا بينهما في الحكم، المراد بالنص وهو قضاء الشهوة. (غن)

(٥) من أن الدواعي إلى الوطئ بمنزلة الوطئ.

(٦) أخرى.

(٧) أخرى.

(٨) الملك.

(٩) كالخلع والصدقة والهبة والصلح والمهر.

(١٠) بعض.

(١١) قوله: "وكذا [كلمة كذا زائدة.ع] الكتابة إلخ" يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع الاستدراك في كلمة كذا، وهو أن مراد المصنف، وكذا أي ككون إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق الكل، فيصير المقصود من كلمة كذا ههنا، هو التشبيه بما قبله، كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله.

وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها، هو التشبيه أيضًا بما قبله، فكأنه قال: وأيضًا الكتابة كالإعتاق في هذا، والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد، كما يرشد إليه قوله: لثبوت حرمة الوطئ بذلك كله. (نت)

(١٢) قوله: "كالإعتاق" وفي "المبسوط": هذا الجواب مشكل؛ لأنها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى، حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز، ولم يحل فرجها لغيره، فكان ينبغي أن لا يحل له وطئ الأخرى، ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة، ولهذا يلزمه العقر بوطئها، فكان وطئه إياها في غير ملكه، حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، وقد سقطت العقوبة، فيجب الغرامة، فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها، فيحل له أن يطأ الأخرى. (ك)

(١٣) أي أنه يحل وطئ الأخرى. (ك)

حرمة الوطء بذلك كله[١]. وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى؛ لأنها لا تخرج بها[٢] عن ملكه[٣]، وقوله: أو نكاح، أراد به النكاح الصحيح، أما إذا زوج إحداهما نكاحًا فاسدًا لا يباح له[٤] وطء الأخرى، إلا أن يدخل الزوج بها فيه[٥]؛ لأنه تجب العدة عليها[٦]، والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم.

ولو وطئ إحداهما حل له وطء الموطوءة دون الأخرى؛ لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى، لا بوطء الموطوءة، وكل امرأتين[٧] لا يجوز الجمع بينهما[٨] نكاحًا فيما ذكرناه بمنزلة الأختين[٩].

قال[١٠]: ويكره[١١] أن يقبل الرجل فم الرجل، أو يده، أو شيئًا منه، أو يعانقه، وذكر الطحاوي[١٢] أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة[١٣]؛ لما روى[١٤]: «أن النبي عليه

---

(١) وإن كان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة. (زيلعي)

(٢) أي بهذه الأفعال.

(٣) قوله: "لأنها لا تخرج إلخ" أقول: كان الظاهر في التعليل ههنا أن يقول: لأنه لا يثبت بها حرمة الوطء؛ فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى؛ لأنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضًا، مع أنه إذا كاتب إحداهما تحل له الأخرى. وحمل الملك في قوله عن ملكه على ملك الوطء، كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى، إذا المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء، وإنما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح. (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار)

(٤) أي للمولى.

(٥) أي في النكاح الفاسد. (غن)

(٦) الدخول يوجب العدة، والعدة أثرها في التحريم كالنكاح الصحيح، فإذا دخل المتزوج بنكاح فاسد حل له وطء الأخرى. (غن)

(٧) أمتين.

(٨) قوله: "لا يجوز الجمع بينهما إلخ" كل شخصين لو جعل أحدهما ذكرًا، والآخر أنثى أيهما كان جاز النكاح بينهما جاز الجمع بينهما إذا كانتا أنثيين، وإن كان لا يجوز النكاح بينهما لا يجوز الجمع بينهما إذا كانتا أنثيين. (شرح الطحاوي)

(٩) قوله: "بمنزلة الأختين" وهذا كما إذا كانت إحداهما عمة الأخرى، أو خالتها لا يجوز الجمع بينهما بالحديث المشهور، بمنزلة الجمع بين الأختين في قضاء الشهوة، فإذا قبلهما، أو لمسهما، أو نظر إلى فرجهما بشهوة لا يجوز له وطء واحدة منهما، حتى حتى يحرم فرج الأخرى عليه بوجه من الوجوه. (غن)

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١١) ورخص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم، أو المتورع على سبيل التبرك. (ك)

(١٢) في "شرح الآثار". (غن)

(١٣) وهذا أجود. (مختصر طحاوي)

(١٤) أخرجه الحاكم في "المستدرك" عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه. (ت)

السلام عانق جعفراً رضى الله تعالى عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه[١]»* . ولهما ما روى** : «أن النبى عليه السلام نهى عن المكامعة[٢] - وهى المعانقة[٣]- وعن المكاعمة[٤] -وهى التقبيل-» .

وما رواه محمول على ما قبل التحريم ، ثم قالوا[٥] : الخلاف فى المعانقة فى إزار واحد ، وأما إذا كان عليه[٦] قميص أو جبة ، فلا بأس بها[٧] بالإجماع ، وهو الصحيح .

قال[٨] : ولا بأس بالمصافحة ؛ لأنه هو المتوارث[٩] ، وقال عليه السلام : «من صافح أخاه المسلم[١٠] وحرك يده تناثرت[١١] ذنوبه»*** .

---

(١) قوله: "وقبل بين عينيه" وذلك يوم فتح خيبر، وقال: لا أدرى بما ذا أسر، بفتح خيبر أم بقدوم جعفر، وعانق زيد بن حارثة، وكان أصحاب رسول الله ﷺ يفعلون ذلك، وفى "الكافى": كان الأعراب يقبلون أطراف النبى ﷺ.(ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٤، والدراية ج٢ ص٢٣١، الحديث ٩٦٠ . (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٦، والدراية ج٢ ص٢٣٢، الحديث٩٦١ . (نعيم)

(٢) قوله: "نهى عن [هم خوابگى كردن دو مرد باهم. من] إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة في "مصنفه" عن أبى ريحانة صاحب النبى عليه السلام قال كان رسول الله ﷺ «ينهى عن مكامعة أو مكاعمة المرأة المرأة ليس بينهما شيء وعن مكامعة أو مكاعمة الرجل الرجل ليس بينهما شيء»، انتهى.

قال أبو عبيدة: والمكاعمة أن يلثم الرجل فاه صاحبه، مأخوذ من "كعام البير" وهى أن يشد فاه إذا هاج، والمكامعة أن يضاجع الرجل صاحبه فى ثوب واحد، ولذلك قيل: لزوج المرأة كميع، انتهى. (ت)

(٣) قوله: "وهى المعانقة" تفسير المكاعمة بالمعانقة فيه نظر؛ لأنه قال في "ديوان الأدب" وغيره كامع امرأته ضاجعها، وكامع المرء قبلها، وقال فى "الفائق": نهى النبى ﷺ عن المكامعة، والمكامعة أى عن ملاعبة الرجل الرجل ومضاجعته إياه، لا يستر بينهما. (غ)

(٤) مكاعمة: بوسه دادن، ودهان در دهان گرفتن وقت بوسه. (من)

(٥) قوله: "ثم قالوا إلخ" الشيخ أبو منصور وفق الأحاديث، فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، وعبر عنه المصنف بقوله فى إزار واحد، فإنه سبب يفضى إليها، فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قميص أو جبة، فلا بأس به. (ع)

(٦) الرجل.

(٧) معانقة، وكذا التقبيل إذا لم يكن على وجه الشهوة، بل على وجه المبرة لا بأس به. (غ)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غ)

(٩) أى السنة القديمة فى البيعة وغير ذلك. (زيلعى) توارث از يك ديگرى ميراث گرفتن. (تاج)

(١٠) قوله: "من صافح إلخ" قلت روى الطبرانى فى "معجمه" عن حذيفة بن اليمان عن النبى ﷺ قال: «إن المؤمن إذا لقى المؤمن فسلم عليه وأخذه بيده فصافحه تناثرت خطاياهما، كما يتناثر ورق الشجر». (ت)

(١١) تناثر: پراگنده گشتن. (من)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٩، والدراية ج٢ ص٢٣٣، الحديث٩٦٣ . (نعيم)

فصل في البيع(١)

قال(١): ولا بأس ببيع السرقين(٢)، ويكره بيع العذرة(٣)، وقال الشافعي: لا يجوز بيع السرقين أيضًا؛ لأنه نجس العين، فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ.

ولنا أنه منتفع به؛ لأنه يلقى في الأراضي؛ لاستكثار الريع(٤)، فكان مالا(٥)، والمال محل للبيع، بخلاف العذرة؛ لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطًا(٦)، ويجوز بيع المخلوط(٧)، هو المروى عن محمد، وهو الصحيح، وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح(٨)، والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة(٩).

قال(١٠): ومن علم بجارية أنها لرجل، فرأى آخر يبيعها، وقال(١١): وكلني صاحبها، فإنه يسعه أن يبتاعها، ويطأها؛ لأنه(١٢) أخبر بخبر صحيح(١٣)، لا منازع له، وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان(١٤)؛ لما مر من قبل(١٥).

وكذا(١٦) إذا قال(١٧): اشتريتها منه، أو وهبها لي، أو تصدق بها علي؛ لما

---

(١) قوله: "فصل في البيع" أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء؛ لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان، وهذا لأن ما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم. (ع)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (غ)

(٢) بالكسر: معرب سرگين.

(٣) وهي رجيع الآدمي. (ك) عذرة كفرحة: پليدى. (من)

(٤) بالفتح: دخلي كه از كشت حاصل شود. (م)

(٥) قوله: "فكان مالا" لأن المال ما يتمول أي يدخر لوقت الحاجة، وقد يتمول المسلمون السرقين، وانتفعوا به من غير نكير من أحد من السلف. (غ)

(٦) بالتراب الغالب. (غ) لا بنفسها.

(٧) قوله: "ويجوز بيع المخلوط" لأن المخلوط مال عندنا، يجوز بيعه، ونجاسة العين تمنع الأكل، ولا تمنع الانتفاع، فجاز بيع ذلك؛ لوجود الانتفاع. (غ)

(٨) وعن أبي حنيفة لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة. (كافي)

(٩) قوله: "بمنزلة زيت إلخ" يعني أن الزيت المخلوط بالنجاسة يجوز بيعه، ويجوز الانتفاع به بالاستصباح اتفاقًا، فكذا العذرة مخلوطة بالزيت الغالب يجوز بيعها قياسًا عليه، والجامع كونها منتفعا بها؛ لأن الناس ينتفعون بها. (غ)

(١٠) أي في "الجامع الصغير". (نب)

(١١) الآخر.

(١٢) الآخر.

(١٣) لأنه صدر من عقل ودين مع اعتقاد حرمة الكذب. (ع)

(١٤) أي بعد أن كان مميزًا عاقلا، سواء كان حرًا أو عبدًا مسلمًا، أو كافرًا رجلا أو امرأة. (ك)

(١٥) قوله: "لما مر من قبل" يعني في فصل الأكل والشرب في قوله من أرسل أجيرًا له مجوسيًا، وهذا لأن خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة، دفعًا للحرج. (ع)

قلنا[1]، وهذا إذا كان ثقة[2]، وكذا إذا كان[3] غير ثقة، وأكبر رأيه أنه صادق؛ لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر[4].

وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض[5] لشيء من ذلك[6]؛ لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان[7]، ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان، وأنه وكله[8] ببيعها، أو اشتراها[9] منه[10]، والمخبر ثقة قبل قوله، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه؛ لأن إخباره حجة في حقه[11]، وإن لم يخبره[12] صاحب اليد بشيء.

فإن كان[13] عرفها[14] للأول لم يشترِها[15] حتى يعلم انتقالها إلى ملك

---

(١٦) أي يقبل قوله.

(١٧) الآخر.

(١) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له. (ع)

(٢) قوله: "وهذا [أي قبول قوله] إذا كان [الآخر] ثقةً إلخ" مراد المصنف بقوله: إذا كان ثقة إذا كان عدلا، وبقوله: إذا كان غير ثقة إذا كان غير عدل، وتعليله بقوله: لأن عدالة المخبر في المعاملات إلخ، دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل، بالثقة العدل، ولا تناقض بين ذلك، بين قوله: على أي وصف كان أصلا؛ فإن المستفاد من قوله: على أي وصف كان عموم الأوصاف، لا عموم الجزئيات.

وقد نبه بقوله: وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب إلخ، على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق، ولا ضير فيه، فإن كلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيده الإجمال. (نت)

(٣) الآخر.

(٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما قال في فصل الأكل والشرب، أن قول الواحد قبل في المعاملات دفعًا للحرج. (غن)

(٥) يقصد. (غن)

(٦) أي الاشتراء والوطئ.

(٧) قوله: "وكذا إذا لم يعلم إلخ" يعني هذا الذي قلنا في ما إذا رأى الجارية في يد فلان، فعلم أنها له، ثم رآها في يد غيره يبيعها، وقال: وكلني إلخ، وكذا إذا لم يعلم إلخ. (غاية البيان)

(٨) فلان.

(٩) أي صاحب اليد.

(١٠) فلان.

(١١) قوله: "إخباره [صاحب اليد] حجة في حقه" أي في حق نفسه فيما يرجع إليه، وهو قوله: ليس لي ولكن لفلان، ولكن غير حجة في حق غيره فيما يرجع إليه، وهو قوله: وكلني أو اشتريت منه، فلا بد من حجة، وهو أكبر الرأي. (مل)

(١٢) أي الذي يريد الشراء.

(١٣) أي الذي يريد الشراء.

(١٤) جارية.

الثاني[١]؛ لأن يد الأول دليل ملكه، وإن كان لا يعرف ذلك، له أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقًا؛ لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل[٢]، ولم يعارضه معارض، ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر[٣]، إلا أن يكون مثله لايملك مثل ذلك[٤]، فحينئذ يستحب له أن يتنزه[٥].

ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة[٦] من ذلك، لاعتماده الدليل[٧] الشرعي[٨]، وإن كان الذي[٩] أتاه بها[١٠] عبدًا أو أمةً لم يقبلها[١١] ولم يشترها حتى يسأل؛ لأن المملوك لا ملك له، فيعلم أن الملك فيها لغيره.

فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو[١٢] ثقة[١٣] قبل[١٤]، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي[١٥]، وإن لم يكن له رأي لم يشترها[١٦]؛ لقيام الحاجر، فلا بد من دليل.

قال: ولو أن امرأة[١٧] أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها، أو طلقها

---

(١٥) من صاحب اليد.

(١) البائع.

(٢) قوله: في حق الفاسق والعدل" أي في حق الناس كافة؛ لأن اليد دليل الملك شرعًا، والفاسق والعادل في هذا سواء، حتى إذا نازعه غيره فالقول له، فيحل لمن رآه في يده أن يشهد له بالملك. (ك)

(٣) اليد.

(٤) قوله: "لا يملك [مبيع] مثل ذلك" كدرة مثلا في يد فقير لا يملك شيئًا، أو رأى كتابًا في يد جاهل، ولم يكن في آبائه من هو أهل لذلك، فيظن كل واحد أنه سارق لذلك العين، فكان التنزه عن شراءه أفضل. (ك)

(٥) عن الشراء.

(٦) گنجائش ودسترس وطاقت. (م)

(٧) أي اليد.

(٨) وهو أن اليد دليل الملك. (غن)

(٩) قوله: "وإن كان الذي أتاه الخ" أي إذا أتي عبدًا وجارية بجارية، فأراد بيع الجارية، فلا يشتري حتى يسأل الخ. (غن)

(١٠) جارية.

(١١) أي إذا تركها عنده، أو وهبها منه. (ك)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أي المخبر.

(١٤) لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات. (غن)

(١٥) قوله: "أكبر الرأي" فإن كان أكبر رأيه أنه صادق صدقه، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يعرض بشيء من ذلك. (غن)

(١٦) قوله: "لم يشترها" أي لم يعرض لشيء منه لوجود المانع للملك، وهو الرق، وهو معنى قوله لقيام الحاجر - بالراء المهملة- لأن الرق حاجر عن التصرف أي مانع عنه، فما لم يوجد نوع دليل لم يعمل بمجرد اليد. (غن)

ثلاثًا، أو كان[1] غير ثقة، وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق، ولا تدرى أنه كتابه أم لا، إلا أن أكبر رأيها أنه حق، يعنى بعد التحرى، فلا بأس بأن تعتد[2] ثم تتزوج[3]؛ لأن القاطع[4] طارئ ولا منازع[5].

وكذا لو قالت لرجل، طلقنى زوجى وانقضت عدتى، فلا بأس أن يتزوجها[6]، وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث: انقضت عدتى، وتزوجت بزوج آخر، ودخل بى، ثم طلقنى وانقضت عدتى، فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول[7]، وكذا لو قالت جارية[8]، كنت أمة لفلان فأعتقنى[9]؛ لأن القاطع طارئ.

ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدًا، أو كان الزوج حين تزوجها مرتدًا، أو أخاها[10] من الرضاعة، لم يقبل[11] قوله[12]، حتى يشهد بذلك رجلان، أو رجل وامرأتان.

وكذا[13] إذا أخبره مخبر[14] أنك تزوجتها، وهى[15] مرتدة، أو أختك من

---

(١٧) قوله: "ولو أن امرأة إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها إلى قوله: وإذاباع المسلم خمرًا من مسائل كتاب الاستحسان، ذكرها ههنا تفريعًا على مسألة "الجامع الصغير". (غن)

(١) المخبر.

(٢) قوله: "فلا بأس إلخ" لأن القاطع إذا كان طاريا، لا منازع للمخبر به، يقبل قول الواحد، فإن كان ثقة لا يحتاج إلى غيره، وإن لم يكن لا بد من انضمام راى المخبر له. (ع)

(٣) قوله: "ثم تتزوج" هذا فى الإخبار، وأما فى الشهادة فلا يصح، وإن كان الشاهد اثنين حيث لا يقضى القاضى بالفرقة؛ لأنه قضاء على الغائب. (ك)

(٤) قوله: "لأن القاطع [للزوجية]" أى قاطع النكاح طار على النكاح السابق، ويمكن الجمع بينهما، ولا مناز ع، فيصح العمل به. (أعظمى)

(٥) لأن صحة النكاح لا تمنع ما يطر. (زيلعى)

(٦) إذا غلب على ظنه صدقها. (غن)

(٧) قوله:فلا بأس [لأنها أخبرت عن أمر لا منازع لها فيه، فيقبل خبرها. غن] إلخ" أى إذا كانت ثقة، أو وقع فى قلبه أنها صادقة. (كف)

(٨) قوله: "وكذا لو كانت جارية إلخ" جارية لا تعبر عن نفسها فى يد رجل يدعى أنها له، فلما كبرت لقيها رجل، فقالت: إن سيدى قد أعتقنى، حل له أن يتزوجها، ولو قالت: أنا حرة الأصل لا يحل له ذلك؛ لما بين، أن الخبر الأول فى غير موضع المناز ع، والثانى فى موضع المنازعة، فلا يقبل. (غن)

(٩) حل له أن يتزوجها، لأن إلخ. (كف)

(١٠) أى أو كان الزوج أخاها.

(١١) أى لم يسعها أن تتزوج بزوج آخر، وإن غلب على ظنها صدقه. (غن) لأنه أخبر بفساد مقارن على ما سيجىء.

(١٢) مخبر.

(١٣) يعنى لم يعتبر إخباره.

الرضاعة لم يتزوج بأختها[١] وأربع سواها، حتى يشهد بذلك عدلان؛ لأنه أخبر[٢] بفساد مقارن[٣]، والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده، فيثبت المنازع[٤] بالظاهر.

بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة، فأخبر الزوج أنها ارتضعت[٥] من أمه[٦] أو أخته[٧]، حيث يقبل قول الواحد فيه؛ لأن القاطع طار، والإقدام الأول[٨] لا يدل على انعدامه[٩]، فلم يثبت المنازع[١٠] فافترقا، وعلى هذا الحرف يدور الفرق[١١].

ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعى أنها له، فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر، فقال أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها؛ لتحقق المنازع، وهو ذو اليد، بخلاف ما تقدم[١٢].

---

(١٤) وإن كان المخبر عدلا. (غن)

(١٥) الواو حالية.

(١) يعنى لم يعتبر إخباره.

(٢) قوله: "لأنه [مخبر] أخبر إلخ" أى لأن هذا خبر فى موضع المنازعة؛ لأن الظاهر من حال العاقد أنه يدعى صحة عقده، وهذا يدعى فساده، فلا يقبل، إلا إذا شهد عنده شاهدان عدلان على ذلك، فحينئذ يقبل. (غن)

(٣) للعقد.

(٤) قوله: "فيثبت المنازع إلخ" فالحاصل إنا لم نقبل خبر الواحد فى موضع المنازعة؛ لحاجتنا إلى الإلزام، وقبلنافى موضع المسألة لعدمه. (كفاية)

(٥) أى بعد النكاح.

(٦) زوج.

(٧) زوج.

(٨) على العقد.

(٩) ارتضاع.

(١٠) قوله: "فلم يثبت المنازع إلخ" اعترض عليه ، بأنه إن قبل خبر الواحد فى إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه، فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول، وهو أن ملك الزوج فيها ثابت، والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد، وأجيب: بأن ذلك إذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك، بل باستصحاب الحال، وخبر الواحد أقوى منه. (ع)

(١١) قوله: "يدور الفرق [أى بين قبول قول الواحد وعدم قبوله. غن]" وهو أن المفسد إذا كان طاريا يثبت بخبر الواحد العدل، وإن كان مقارنا، فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان. (ك)

(١٢) قوله: بخلاف ما تقدم [أراد به قوله: أنها لو قالت: كنت أمة لفلان، فأعتقنى حيث يقبل قولها. عينى]" وهو أنه قالت: أعتقنى مولاى، يقبل لعدم المعارض أما فى قوله: أنا حرة الأصل، يوجد معارض مقارن؛ لأن كونها حرة الأصل ينافى الملك عليها، أما فى قولها: أعتقنى لم يوجد المعارض؛ لأن كونها مملوكة لا ينافى الإعتاق فى وقت آخر، فيقبل

قال[١]: وإذا باع المسلم خمرا، وأخذ ثمنها، وعليه دين، فإنه يكره لصاحب الدين[٢] أن يأخذ منه[٣]، وإن كان البائع نصرانيًا، فلا بأس به[٤].

والفرق أن البيع في الوجه الأول[٥] قد بطل؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم، فبقي الثمن على ملك المشتري، فلا يحل[٦] أخذه من البائع[٧]، وفي الوجه الثاني[٨] صح البيع؛ لأنه[٩] مال متقوم في حق الذمي، فملكه البائع[١٠]، فيحل الأخذ منه.

قال[١١]: ويكره الاحتكار[١٢] في أقوات الآدميين[١٣] والبهائم، إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله، وكذلك التلقي[١٤]، أما إذا كان لا يضر، فلا بأس به.

والأصل[١٥] فيه[١٦] قوله عليه السلام[١٧]: «الجالب مرزوق[١٨] والمحتكر ملعون[١٩]»*، ولأنه تعلق به[٢٠] حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم،

حتى إذا قال المولى: ما أعتقتها، لا يثبت العتق لوجود المعارض. (حميدية)

(١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) قوله: "فإنه يكره إلخ" روى عن محمد أنه قال: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي، فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر، طاب له ذلك بقضاءه. (ع)

(٣) أي دينه.

(٤) أي بأخذ الدين منه.

(٥) أي إذا كان البائع مسلمًا.

(٦) للدائن؛ لأنه لم يملكه البائع. (غن)

(٧) المسلم.

(٨) أي إذا كان البائع نصرانيًا.

(٩) خمر.

(١٠) النصراني.

(١١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: ويكره الاحتكار" هو افتعال من حكر أي حبس، والمراد حبس الأقوات متربصًا للغلاء. (ع)

(١٣) التي اشتراها المحتكر في مصر وحبس.

(١٤) قوله: "وكذلك التلقي [پيش رفتن بملاقات. م]" صورة التلقي أن يخرج من البلد إلى القافلة التي جاءت بالطعام، واشتراها خارج البلد، وهو يريد حبسها ويمتنع عن بيعها، ولم يترك حتى يدخل القافلة البلد. (كف)

(١٥) دليل.

(١٦) أي في كراهة الاحتكار. (غن)

(١٧) أخرجه ابن ماجة عن عمر بن الخطاب. (ث)

(١٨) قوله: "الجالب إلخ" قال الفقيه أبو الليث: أراد بالجالب الذي يشتري الطعام للبيع، فيجلبه إلى بلد فيبيعه وهو مرزوق؛ لأن الناس ينتفعون به، فيناله بركة دعاء المسلمين، والمحتكر يشتري الطعام للمنع، ويضر بالناس. (عيني)

وتضييق الأمر عليهم، فيكره إذا كان يضر بهم ذلك، بأن كانت البلدة صغيرة.

بخلاف ما إذا لم يضر، بأن كان المصر كبيراً؛ لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره، وكذا التلقي على هذا التفصيل[١]؛ لأن النبى عليه السلام نهى[٢] عن تلقّى الجلب[٣]، وعن تلقى الركبان*.

قالوا[٤]: هذا إذا لم يلبس[٥] المتلقى على التجار سعر[٦] البلدة، فإن لبس، فهو[٧] مكروه فى الوجهين[٨]؛ لأنه غادر[٩] بهم[١٠]، وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة[١١] والشعير[١٢] والتبن[١٣] والقت[١٤] قول أبى حنيفة[١٥].

---

(١٩) قوله: ملعون" قيل: اللعن على نوعين: أحدهما: ألطرد من رحمة الله، وذلك لا يكون إلا للكافر، والثانى: الإبعاد عن درجة الأبرار ومقام الصالحين، وهو المراد ههنا؛ لأن عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الإيمان بارتكاب كبيرة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦١، والدراية ج٢ ص٢٣٤، الحديث ٩٦٤. (نعيم)

(٢٠) أى بالقوت.

(١) يعنى إن أضر بأهل البلدة يكره، وإلا فلا.

(٢) قوله: "نهى عن تلقى إلخ" قلت: هما حديثان: فالأول أخرجه مسلم عن أبى هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن تلقى الجلب»، انتهى، والثانى أخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تتلقوا الركبان». (ت)

(٣) ازجائى بجاى بردن بجهت فروختن، كذا فى "المنتخب"، والمراد منه المجلوب.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦١، والدراية ج٢ ص٢٣٤، الحديث ٩٦٥. (نعيم)

(٤) قوله: "قالوا: هذا" أى قال المشايخ: إن هذا الجواب أى الكراهة فيما إذا كان اضر بأهل البلدة، وعدم الكراهة فيما لم يضر بهم فيما إذا اشترى المتلقى بلا تلبيس السعر على التجار، أما إذا لبسه عليهم، فإنه مكروه إلخ. (غن)

(٥) أى لم يخف.

(٦) نرخ.

(٧) تلقى.

(٨) أى سواء أضر بأهل البلد أو لم يضر. (ك)

(٩) بتلبيس السعر. (ك) غدره وبه غدراً بيوفائى كرد. (من)

(١٠) تجار.

(١١) گندم.

(١٢) جو.

(١٣) بالكسر كاه.

(١٤) قوله: والقتّ" بالفتح: اسپست تر يا اسپست خشک، كذا فى "منتهى الأرب"، وفى "اللباب": اليابس من الأسفست، وفى "البرهان القاطع": اسپست گياهى باشد بغايت نرم، وأملس كه چارپايان را خوردن آن فربه سازد.

(١٥) وهو قول محمد أيضاً، وعليه الفتوى. (ك)

وقال أبو يوسف: كل ما أضر بالعامة حبسه، فهو احتكار، وإن[١] كان ذهبًا أو فضةً أو ثوبًا، وعن محمد[٢] أنه قال: لا احتكار في الثياب[٣]، فأبو يوسف اعتبر[٤] حقيقة الضرر، إذ هو المؤثر في الكراهة، وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهودة المتعارف[٥]. ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارًا لعدم الضرر، وإذا طالت[٦] يكون احتكارًا مكروهًا؛ لتحقق الضرر، ثم قيل: هي[٧] مقدرة[٨] بأربعين يومًا؛ لقول النبي عليه السلام[٩]: «من احتكر طعامًا أربعين ليلة قد برئ من الله وبرئ الله منه»[١٠]*.

وقيل: بالشهر[١١]؛ لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل، وقد مر[١٢] في غير موضع، ويقع التفاوت في المأثم[١٣] بين أن يتربص العزة[١٤] وبين أن يتربص[١٥] القحط -و العياذ بالله- وقيل: المدة للمعاقبة في الدنيا[١٦]، أما يأثم وإن[١٧]

---

(١) الواو وصلية.

(٢) في رواية هشام.

(٣) قوله: "لا احتكار إلخ" فإن الحاجة اللازمة الدائمة في الأقوات دون غيرها، والثياب لا يقف قيام الأبدان وبقاء الحيات عليها، وقوت الحيوان ماكان قوامه به من المأكول، وقال القدوري في "شرح مختصر الكرخي": وأما قول محمد: إن حبس الأرز ليس باحتكار، فهو محمول على البلاد التي لا يتقوتون به، أما في الموضع الذي هو قوتهم مثل طبرستان فهو احتكار. (غاية البيان)

(٤) فإن الضرر يلحق بحكرة هذه الأشياء، كالحنطة والنهي عن الحكرة عام بلا فصل. (غن)

(٥) وهو بحبس الأقوات.

(٦) المدة.

(٧) أي المدة الطويلة.

(٨) أي مدة الاحتكار التي يمنع منها. (غن)

(٩) رواه أحمد في "مسنده" عن ابن عمر رضي الله عنهما. (ت)

(١٠) أي خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٢، والدراية ج٢ ص٢٣٤، الحديث٩٦٦ . (نعيم)

(١١) قوله: "وقيل: بالشهر" أي قال بعض مشايخنا: هي مقدرة بالشهر، ولم يجعل التقدير في الحديث لازما؛ لأن المعنى في المنع عن الاحتكار هو الضرر، والضرر يلحق في كثير المدة دون قليلها، وما دون الشهر قليل، ولهذا سقط الصوم بالجنون شهرا، بخلاف ما دونه، وكذا إذا جن الوكيل أو الموكل جنونًا مطلقًا، بطلت الوكالة، وحده شهر عند أبي يوسف، ولو قال: لأقضين دينه عن قريب، فهو على ما دون الشهر؛ لأن الشهر وما زاد عليه بعيد، ولهذا كان الشهر، أو في الأجل في السلم، وما دونه في حكم الحال. (غن)

(١٢) في السلم وغيره، أي قلة ما دون الشهر وكثرة ما فوقه.

(١٣) قوله: "ويقع التفاوت إلخ" أراد أن إثم من يتربص القحط أعظم من إثم من يتربص عزة الطعام، وهي الغلاء.(ب)

(١٤) ينتظر.

قلت: المدة، والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة[١].

قال[٢]: ومن احتكر غلة[٣] ضيعته[٤]، أو ما جلبه من بلد آخر، فليس بمحتكر، أما الأول فلأنه[٥] خالص حقه، لم يتعلق به حق العامة، ألا ترى أن له أن لا يزرع[٦]، فكذلك له أن لا يبيع.

وأما الثاني فالمذكور[٧] قول أبي حنيفة؛ لأن حق العامة[٨] إنما يتعلق بما جمع في المصر، وجلب[٩] إلى فنائها.

وقال أبو يوسف: يكره لإطلاق ما روينا[١٠]، وقال محمد: كل ما يجلب[١١] منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر، يحرم الاحتكار فيه[١٢]؛ لتعلق حق العامة به[١٣]، بخلاف ما إذا كان البلد[١٤] بعيداً لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر؛ لأنه لم يتعلق به حق العامة.

قال[١٥]: ولا ينبغي للسلطان أن يسعر[١٦] على الناس؛ لقوله عليه السلام: «لا

---

(١٥) ينتظر.

(١٦) قوله: "المدة للمعاقبة إلخ" يعني ضرب المدة لأجل المعاقبة في الدنيا، يعني يهدد الإمام المحتكر. (عيني)

(١٧) الواو وصلية.

(١) قوله: "غير محمودة" هذا إذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الإضرار بالناس، أما إذا لم يكن شيء من ذلك فهو محمود؛ لأن الكاسب صديق الله. (ك)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) محاصل.

(٤) ضيعة -بالفتح- زمين. (من)

(٥) أي ما حصل من غلة ضيعته.

(٦) أرضه.

(٧) أي الكراهة فيما جلبه من بلد آخر.

(٨) وأهل المصر.

(٩) من بلد آخر.

(١٠) أي قوله عليه السلام: «المحتكر ملعون».

(١١) أي كل موضع يجلب إلخ.

(١٢) أي فيما يجلب من ذلك الموضع.

(١٣) أي بما يجلب من ذلك الموضع.

(١٤) الذي جلب منه.

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٦) تسعير: نرخ نهادن. (م)

تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق[١]»*، ولأن الثمن حق العاقد، فإليه تقديره، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه، إلا إذا تعلق به[٢] دفع ضرر العامة على ما نبين[٣]. وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر[٤]، يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته[٥] وقوت أهله على اعتبار السعة[٦] في ذلك[٧]، وينهاه عن الاحتكار، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه[٨] وعزره، على ما يرى زجراً له؛ دفعًا للضرر عن الناس.

فإن كان أرباب الطعام يتحكمون[٩]، ويتعدون عن القيمة تعديًا فاحشًا[١٠]، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير. فحينئذٍ لا بأس به[١١]، بمشورة[١٢] من أهل الراى والبصيرة، فإذا فعل ذلك[١٣]، وتعدى رجل عن ذلك، وباع بأكثر منه[١٤] أجازه القاضي[١٥]، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر[١٦] على الحر[١٧]، وكذا عندهما[١٨]، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم.

---

(١) قوله: "لقوله عليه السلام: «لا تسعروا» إلخ" أخرجه أبو داود والترمذي في البيوع، وابن ماجة في التجارات عن أنس قال: قال الناس: يا رسول الله! غلى السعر، فسعر لنا، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة من دم ولا مال». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٢، والدراية ج٢ ص٢٣٤، الحديث٩٦٧. (نعيم)

(٢) تعلق به [بالتسعير] فيسعر حينئذ.

(٣) قوله: "على ما نبين" والبيان في قوله: ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا، بأن يبيعوا نصف ما يباع به، كما إذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين. (كفاية)

(٤) أي الاحتكار.

(٥) قوت -بالضم- خورش باندازه قوام بدن انسان. (من)

(٦) گنجائش، أي سعة المحتكر.

(٧) أي في قوته وقوت أهله.

(٨) قوله: "مرة أخرى" وفي "الجامع الصغير": فإن رفع إليه مرة أخرى وغطه وهدده، فإن رفع إليه مرة ثالثة، فحينئذ حبسه. (كفاية)

(٩) على المسلمي، نتحكم: حكومت نمودن بر كسى.(م)

(١٠) قوله: "تعديًا فاحشًا" بأن يبيعوا قفيزا بمأة، وهو يشترى بخمسين، فيمنعون منه دفعًا للضرر عن المسلمين. (ع)

(١١) أي بالتسعير.

(١٢) شورى -بالضم والقصر- كنكاش وكنكاش كردن، مشوره مثله، وهي مفعلة لا مفعولة. (من)

(١٣) التسعير.

(١٤) مما عينه القاضي.

(١٥) قوله: "أجازه القاضي [يعني لا ينقضه]" وذلك لأنه إذا لم يكن على قوم بأعيانهم لا يكون ذلك حجرا، بل يكون قبول في ذلك. (غن)

(١٦) أي المنع عن التصرفات. وفي إبطال البيع يتحقق الحجر على الحر.

ومن باع منهم بما قدره الإمام صح[١]؛ لأنه غير مكره على البيع، وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه[٢]، قيل: هو على الاختلاف[٣]، الذي عرف في بيع مال المديون، وقيل: يبيع بالاتفاق[٤]؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر[٥]؛ لدفع ضرر عام، وهذا كذلك[٦].

قال[٧]: ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة، معناه[٨] ممن يعرف أنه من أهل الفتنة؛ لأنه[٩] تسبيب إلى المعصية[١٠]، وقد بيناه في السير[١١]، وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك[١٢]؛ لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة، فلا يكره بالشك.

قال[١٣]: ولا بأس ببيع العصير[١٤] ممن يعلم أنه يتخذه خمراً؛ لأن المعصية لا تقام بعينه، بل بعد تغييره[١٥]، بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه[١٦]. قال[١٧]: ومن آجر بيتاً[١٨]؛ ليتخذ فيه بيت نار، أو كنيسة[١٩]، أو

---

(١٧) البالغ العاقل. (زيلعي)

(١٨) قوله: "وكذا عندهما" أي كذا هو ظاهر عندهما؛ لأنهما وإن رأيا الحجر ولكن على حر معين، أو قوم بأعيانهم، أما على قوم مجهولين فلا، وههنا كذلك، فلا يصح. (عيني)

(١) قوله: "ومن باع منهم" كلمة من للبيان، وليس بصلة لباع، أي من باع، وهو من المحتكرين شيئاً مما احتكره بما قدره الإمام يصح، ولا يكون للبائع حق الفسخ، كما يكون للمكره. (مل)

(٢) إن امتنع عن البيع بالكلية. (زيلعي)

(٣) قوله: "هو على الاختلاف" يعني أن فيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: لا يبيع على مذهب أبي حنيفة ويبيع على مذهبهما، كما في بيع مال المديون المفلس إذا امتنع عن البيع، وقيل: يبيع بالاتفاق. (غن)

(٤) وإليه ذهب القدوري. (غن)

(٥) كالحجر على الطبيب الجاهل ونحوه. (كف)

(٦) أي هذا الحجر دفع ضرر عام.

(٧) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٨) أي المراد منه البيع ممن إلخ .

(٩) بيع.

(١٠) قال الله تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾. (غن)

(١١) أي المسألة مرت في آخر كتاب السير. (غن)

(١٢) أي بالبيع منه.

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "العصير" عصير: شيره انگور وجز آن وهر چه افشرده باشند. (م)

(١٥) أي استحالته إلى الخمر. (غن)

بيعة[1]، أو يباع فيه الخمر بالسواد[2]، فلا بأس به، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا ينبغي أن يكريه[3] لشيء من ذلك؛ لأنه إعانة على المعصية، وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت، ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم[4]، ولا معصية فيه[5]، وإنما المعصية بفعل المستأجر[6]، وهو مختار[7] فيه، فقطع نسبته[8] عنه[9].

وإنما قيده بالسواد لأنهم[10] لا يمكنون من اتخاذ البيع[11] والكنائس، وإظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها[12]، بخلاف السواد، قالوا: هذا كان في سواد الكوفة؛ لأن غالب أهلها أهل الذمة، فأما في سوادنا فأعلام

---

(١٦) قوله: "لأن المعصية إلخ" فوزان ممن يتخذه خمرا بيع الحديد من أهل الفتنة، فكلاهما لا يكره، ووزان بيع السلاح من أهل الفتنة بيع الخمر؛ لأن الفساد يقع بعين المبيع، ولكن بيع الخمر بعينه لا يجوز أصلا؛ لأنها ليست بمتقومة في حق المسلم، وبيع السلاح منهم يجوز، ويكره؛ لأن السلاح مال متقوم، والكراهة للمعصية المجاورة. (غن)

(١٧) أي في آخر "الجامع الصغير". (غن)

(١٨) بكرايه داد.

(١٩) قوله: "كنيسه" كسفينه كليساى ترسايان ياجهودان يا كليساى ديگر كفار. (من)

(١) قوله: "أو بيعة" [بالكسر] كليساى ترسايان. (من) هي كنيسة النصارى. (معالم التنزيل)

(٢) القرى أي بيتا كائنا بالسواد.

(٣) إكراء: بكراية دادن. (من)

(٤) أي تسليم البيت إلى المستاجر نفع أو لا.

(٥) أي في الإجارة.

(٦) قوله: "وإنما المعصية بفعل المستاجر [أي في الصور الثلاث لا في الصورة الرابعة، فإنها ليست بمعصية، فالأمر فيها هين] إلخ" اتخاذ بيت النار والكنيسة والبيعة معصية للذمي أيضا؛ فإنهم مخاطبون بالإيمان بلا خلاف، واتخاذها ينافي الإيمان، فكان معصية قطعا، وبيع الخمر ليس معصية للكافر، فإن خطاب التحريم غير نازل على الكفار، فقول المصنف إنما المعصية بفعل المستأجر إلخ محمول على التغليب. (نتائج)

(٧) ليس بمكره.

(٨) قوله: "فقطع نسبته إلخ" فصار كبيع الجارية ممن لا يستبرئها، أو يأتيها من دبرها، أو بيع الغلام من اللوطي، والدليل عليه أنه لو آجره للسكنى جاز، وهو لا بد له من عبادته فيه. (زيلعي)

(٩) أي عن المكرى.

(١٠) أي الكفار.

(١١) فيمنعون من اتخاذ ذلك.

(١٢) قوله: "لظهور شعائر [أعلام الإسلام] الإسلام إلخ" لأن عامة شعائر الإسلام من الجمع والأعياد وإقامة الحدود، وغير ذلك تختص بالأمصار، ففي إحداث الكنائس والبيع ونحوه في المصر استخفاف بالمسلمين، بخلاف السواد. (غن)

قوله: "شعائر" أصلها من الإشعار وهو الإعلام، واحدتها شعيرة، وكل ما كان معلما لقربات تتقرب به إلى الله تعالى من صلاة ودعاء وذبيحة، فهو شعيرة. (معالم التنزيل)

الإسلام فيها ظاهرة، فلا يمكنون[1] فيها[2] أيضًا، وهو الأصح[3].

قال[4]: ومن حمل لذمي خمرًا، فإنه يطيب له الأجر، عند أبي حنيفة[5]. وقال أبو يوسف ومحمد[6]: يكره له ذلك؛ لأنه[7] إعانة على المعصية[8]، وقد صح: «أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرًا[9] حاملها والمحمول إليه»*. له أن المعصية في شربها، وهو فعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل[10]، ولا يقصد به[11]، والحديث محمول على الحمل[12] المقرون بقصد المعصية.

قال[13]: ولا بأس[14] ببيع بناء بيوت مكة، ويكره بيع أرضها، وهذا[15] عند أبي حنيفة. وقالا[16]: لا بأس ببيع أرضها أيضًا، وهذا رواية عن أبي حنيفة؛ لأنها[17] مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي[18] بها[19]، فصار كالبناء[20].

---

(١) قوله: "فلا يمكنون" [الكفار] فيمنعون منها.

(٢) أي في القرى.

(٣) قوله: "وهو الأصح" وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي فخر الإسلام علي البزدوي، وعند البقلي: لا يمنعون عن ذلك في السواد. (غن)

(٤) في "الجامع الصغير".

(٥) قياسًا.

(٦) استحسانًا.

(٧) حمل.

(٨) قال الله تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾.

(٩) قوله: "لعن إلخ" أخرجه أبو داود في "سننه" عن ابن عمر يقول: قال رسول الله ﷺ: «لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٣، والدراية ج٢ ص٢٣٥، الحديث٩٦٨. (نعيم)

(١٠) أي لوازمه؛ لأن الحمل قد يكون للتخليل، وقد يكون لغيره. (غن)

(١١) قوله: "ولا يقصد به" أي لا يقصد الحامل بالحمل شرب الذمي، بل مقصوده تحصيل الأجرة. (ك)

(١٢) أي على الحمل لقصد المعصية، وهو شرب الخمر، ولا كلام لنا فيه فإن ذلك مكروه. (غن)

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٤) اتفاقًا.

(١٥) أي كراهة بيع الأرض.

(١٦) وبه أخذ الطحاوي في "شرح الآثار".

(١٧) أرض مكة.

(١٨) قوله: "لظهور اختصاص الشرعي" أراد بالاختصاص الشرعي التوارث في الأرض، وقسمتها في المواريث. (ب)

ولأبي حنيفة قوله عليه السلام*: «ألا إن مكة حرام[٢] لا تباع رباعها[٣] ولا تورث[٤]»؛ ولأنها[٥] حرة محترمة[٦]؛ لأنها فناء الكعبة[٧]، وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها[٨] حتى لا ينفر[٩] صيدها، ولا يختلى[١٠] خلاها ولا يعضد[١١] شوكها[١٢]، فكذا في حق البيع.

بخلاف البناء؛ لأنه خالص ملك الباني[١٣]، ويكره إجارتها أيضًا[١٤]؛ لقوله عليه السلام: «من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا[١٥]»**، ولأن أراضي مكة تسمى السوائب[١٦] على عهد رسول الله ﷺ، من احتاج إليها سكنها، ومن استغنى

---

(١٩) أرض مكة.

(٢٠) أي بيع الأرض كبيع البناء.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٥، والدراية ج٢ ص٢٣٥، الحديث٩٦٩ . (نعيم)

(٢) قوله: "ألا إن مكة إلخ" روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن مجاهد قال: قال رسول الله ﷺ: «مكة حرام حرمها الله لا يحل بيع رباعها ولا إجارة بيوتها» انتهى. (ت)

(٣) قوله: "رباعها" الرباع جمع ربع، وهو الدار بعينها حيث كانت، والمحلة والمنزل، كذا في "القاموس". (نت)

(٤) قوله: "تورث" وراثة: وارث شدن، ورث الشيء من أبيه وورث أباه ما لا فعل ازان. (تاج اللغة)

(٥) أراضي مكة.

(٦) الحرة الكريمة، وسحابة حرة كريمة المطر. (ديوان)

(٧) گردا گرد

(٨) أي في أراضي مكة.

(٩) تنفر: زمانيدن. أي لا يزعج من موضعه ولا يخوف. (عيني)

(١٠) اختلى الخلى: درد دوبر كند گياه تر را. (من)

(١١) أي لا يقطع.

(١٢) شوک خار. (م)

(١٣) قوله: "لأنه خالص ملك الباني" ألا ترى أنه لو بنى في المستأجر، أو في الوقف؛ صار البناء ملكًا له وجاز بيعه. (ت)
قوله: "ملك الباني" قال ابن الجوزي في "التحقيق": بيع رباع مكة مبني على أنها إن فتحت عنوةً، فتكون وقفًا على المسلمين، فلا يجوز بيعها، وإن فتحت صلحًا، فهي باقية على أهلها فيجوز، انتهى. (ت)

(١٤) قوله: "ويكره إجارتها [أرض مكة] إلخ" وروى هشام عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه كره إجارة بيوت مكة في الموسم ورخص في غير الموسم؛ لأن أهل الموسم لهم ضرورة إلى النزول، والمقيم لا ضرورة له إلى النزول. (غن)

(١٥) قوله: "من آجر إلخ" قلت: غريب من هذا اللفظ، وروى محمد بن الحسن في "كتاب الآثار" عن عبد الله عمرو عن النبي ﷺ قال: «من أكل من أجور بيوت مكة فإنما يأكل نارًا»، انتهى. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٦، والدراية ج٢ ص٢٣٦، الحديث٩٧٠ . (نعيم)

(١٦) قوله: "تسمى السوائب [جمع سائبة هي شيء لا ولاية عليه لأحد. كف]" قلت: رواه ابن ماجة في سننه في الحج عن علقمة قال: توفي رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وما يدعى رباع مكة إلا السوائب من احتاج سكن ومن

عنها أسكن غيره*. ومن وضع[٢] درهمًا[٣] عند بقال يأخذ منه[٤] ما شاء[٥]، يكره له ذلك[٦]؛ لأنه ملكه قرضًا[٧] جر به نفعًا، وهو[٨] أن يأخذ منه ما شاء حالا فحالا، ونهى[٩] رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعًا، وينبغي أن يستودعه، ثم يأخذ منه ما شاء جزء فجزء؛ لأنه وديعة، وليس بقرض، حتى لو هلك لا شيء على الآخذ[١٠]، والله أعلم.

مسائل متفرقة

قال[١١]: ويكره التعشير والنقط[١٢] في المصحف[١٣]؛ لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه**: "جردوا القرآن"[١٤]، ويروى "جردوا المصاحف"، وفي

استغنى أسكن، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٨، والدراية ج ٢ ص٢٣٧، الحديث ٩٧١ . (نعيم)

(٢) ذكر هذه المسألة تفريعًا. (غن)

(٣) قوله: "ومن وضع إلخ" معنى المسألة أن رجلا فقيرًا له درهم يخاف لو كان في يده يهلك، أو يصرف إلى حاجة، لكن حاجته إلى المعاملة مع البقال أمس من غيرها، كما في شرى التوابل والملح والكبريت، وليس له فلوس حتى يشتري بها ما سنح له من الحاجة كل ساعة، فيعطى الدرهم البقال لأن يأخذ منه ما يحتاج إليه مما ذكرنا بحسابه جزءً فجزءً حتى يستوفى ما يقابل الدرهم، وهذا الفعل منه مكروه؛ لأنه حاصل هذا الفعل راجع إلى أن يكون قرضا فيه جر نفع، وهو مكروه. (ك)

(٤) حال

(٥) قوله: "يأخذ منه إلخ" هذا خارج مخرج الشرط، يعنى وضعه بشرط أن يأخذه منه ما شاء، وإذا وضعه ولم يشترط شيئًا فهو وديعة، إن هلك لم يضمن شيئًا منها. (ع)

(٦) من التوابل والبقول وغير ذلك.

(٧) قوله: "لأنه ملكه" أي الدراهم، فقد أقرضه إياه، وقد شرط أن يأخذ منه ما يريد حالا فحالا، وله في ذلك نفع، وهو بقاء درهم وكفاية الحاجات، فيصير قرضا جرنفعا، وهو منهى عنه، فإن القرض تمليك الشيء بمثله، فإذا جر نفعا صار كأنه استزاد فيه الربوا، فلا يجوز. لأن القرض تبرع، وجر المنفعة يخرجه عن موضعه، وإنما يكره إذا كانت المنفعة مشروط في العقد، وإذا لم تكن مشروطة فيه، يكون المقترض متبرعًا بها، فصار كالرجحان الذي دفعه ﷺ في بدل القرض، وقد روى عن ابن عمر أنه كان يستقرض، فإذا خرج عطاءه أعطاه أجود مما أخذ منه. (مل)

(٨) نفع.

(٩) مر الحديث في آخر كتاب الحوالة.

(١٠) بقال.

(١١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١٢) أي إظهار الإعراب.

(١٣) قوله: "ويكره التعشير إلخ" التعشير جعل العواشر في المصحف، وهو كناية عن العلامة عند منتهى عشر آيات. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٩ تحت عنوان "مسائل متفرقة"، وفي الدراية ج٢ ص٢٣٧ تحت الحديث ٩٧١ . (نعيم)

التعشير والنقط ترك التجريد، ولأن التعشير يخل[١] بحفظ الآى[٢]، والنقط بحفظ الإعراب اتكالا[٣] عليه، فيكره، قالوا[٤]: فى زماننا لا بد للعجم من دلا لة[٥]، فترك ذلك إخلال بالحفظ، وهجران القرآن فيكون حسنًا.

قال: ولا بأس بتحلية المصحف[٦]؛ لما فيه من تعظيمه[٧]، وصار كنقش المسجد، وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه[٨] من قبل[٩]، قال[١٠]: ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام، وقال الشافعي: يكره ذلك.

وقال مالك: يكره فى كل مسجد، للشافعي قوله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس[١١] فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا[١٢]﴾، ولأن الكافر لا يخلو عن

---

(١٤) قوله: "جردوا القرآن" واختلفوا فى تفسيره، فقيل: المراد عن نقط المصاحف، فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف، وقيل: هو أمر بتعليم القرآن وحده، وترك الأحاديث، وقالوا: هذا باطل، وقيل: إنه حث على أن لا يتعلم بشيء من كتب الله غير القرآن؛ لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى، وليسوا بمامونين عليها. (ع)

قوله: "جردوا" رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى الصلاة فى فضائل القرآن، ورواية جردوا المصاحف غريبة. (ت)

(١) قوله: والتعشير يخل إلخ" يعنى أن التعشير أمر غير مفيد، إلا التقصير فى حفظ الآيات ومعرفتها، وكذلك النقط يبطل الاجتهاد فى حفظ القرآن ومعرفته اعتمادًا على الخط. (غن)

(٢) ومعرفتها.

(٣) اعتمادًا.

(٤) قوله: "قالوا: فى زماننا إلخ" قال فخر الإسلام البزدوى فى شرح "الجامع الصغير": قال مشايخنا: هذا فى زمانهم لأهل بلدانهم، فأما فى زماننا لأهل بلداننا، فالنقطة حسن، وهو أمر لا بد منه؛ لأنه ليس فى وسع العجم معرفة الإعراب من غير دلا لة على ذلك، فيؤدى تركه إلى هجران القرآن، وإلى الإعراض عن حفظه، وإلى تكليف العجم إلى معرفة ما ليس فى وسعه، فلذلك صار حسنًا، وقد استحسنه المسلمون من بعد، وما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن، وكفى بالعجز عذرا. (غن)

(٥) قوله: "لا بد للعجم إلخ" لأن العجم لا يمكنه التعليم والتلاوة إلا بالنقط، وعلى هذا كتبت أسامى السور وعدد الآى، فهو وإن كان إحداثًا فهو بدعة حسنة، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان، كذا ذكره الإمام التمرتاشى. (كفاية)

(٦) حل –بالفتح– پيرانه زيور، يقال: سيف محلى شمشير بآرايش، وكذلك لجام محلى. (من)

(٧) قرآن.

(٨) نقش مسجد.

(٩) فى آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة فى فصل أوله، ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء. (بنت)

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) هو مصدر، ومعناه ذوو أنجاس. (غن)

(١٢) يعنى العام الذى حج فيه أبو بكر رضى الله تعالى عنه بالناس ونادى على كرم الله وجهه ببراءة، وهو سنة تسع من الهجرة. (معالم التنزيل)

جنابة[١]؛ لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها، والجنب يجنب[٢] المسجد، وبهذا[٣] يحتج مالك، والتعليل بالنجاسة عام[٤]، فينتظم المساجد كلها.

ولنا ما روى: «أن النبي عليه السلام أنزل[٥] وفد[٦] ثقيف في مسجده وهم كفار[٧]»*؛ ولأن الخبث[٨] في اعتقادهم[٩]، فلا يؤدى إلى تلويث[١٠] المسجد[١١]، والآية محمولة على الحضور[١٢] استيلاء واستعلاء[١٣]، أو طائفين عراة، كما كانت عادتهم في الجاهلية،

قال[١٤]: ويكره استخدام الخصيان؛ لأن الرغبة في استخدامهم حث[١٥] الناس

(١) قوله: "ولأن الكافر إلخ" أقول: لا يذهب عليك أن هذا الدليل لو تم لدل على أن لا يدخل الكافر شيئًا من المساجد، ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد، فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه، وإنما كان مناسبًا لمذهب مالك. (نت)

(٢) أي دور داشته مى شود از مسجد.

(٣) أي بدليل الشافعي.

(٤) قوله: "والتعليل بالنجاسة إلخ" يعني علل بأن المشرك إنما يجنب عن المسجد الحرام لكونه نجسًا، فلا تفصيل بين مسجد ومسجد. (ك)

(٥) أخرجه أبو داود في "سننه" في كتاب الخراج. (ت)

(٦) جمع وافد برسولى آينده. (من) حي من قيس.

(٧) الواو حالية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٧٠، والدراية ج٢ ص٢٣٧، الحديث ٩٧٢ . (نعيم)

(٨) قوله: "ولأن الخبث [الخبث أي النجاسة المذكورة في الآية هو الخبث في اعتقادهم. زيلعي] إلخ" دليل آخر عقلي يتضمن الجواب عن أن يقال: كيف أنزل النبي ﷺ وفد ثقيف في مسجده، وهم كفار، وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا، كما حكي أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة، فقال الصحابة: قوم أنجاس، فقال عليه السلام: «ليس على الأرض من نجاستهم شيء وإنما نجاستهم على أنفسهم»، ويرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص، وهو قوله تعالى: ﴿فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم﴾، والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول، فأجاب المصنف عنه بقوله: والآية محمولة على الحضور إلخ. (نت)

(٩) كفار.

(١٠) آلوده كردن. (م)

(١١) قوله: "فلا يؤدي إلخ" فإن قيل: الجنب ممنوع عن دخول المسجد الحرام وإن لم يؤدي إلى التلويث، قلنا: لأن أعضاءه نجسة، وإدخال النجاسة في المسجد لا يجوز، وأما الكافر فأعضاءه طاهرة من النجاسة، ولهذا لا يجب عليه الغسل بالإسلام. (ك)

(١٢) أي حضور المسجد الحرام.

(١٣) قوله: "استيلاء إلخ" أي مستولين على أهل الإسلام، مستعلين من حيث التدبير والقيام بعمارة المسجد؛ لأن قبل الفتح كانت الولاية والاستعلاء لهم، ولم يبق ذلك بعد الفتح. (كف)

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

على هذا الصنيع[١]، وهو مثلة[٢] محرمة[٣].

قال[٤]: ولا بأس[٥] بإخصاء البهائم[٦]، وإنزاء الحمير على الخيل؛ لأن في الأول منفعة للبهيمة والناس[٧]، وقد صح: «أن النبي عليه السلام[٨] ركب البغلة[٩]»*، فلو كان هذا الفعل[١٠] حرامًا لما ركبها، لما فيه[١١] من فتح بابه.

قال[١٢]: ولا بأس بعيادة[١٣] اليهودي والنصراني[١٤]؛ لأنه نوع بر[١٥] في حقهم وما نهينا عن ذلك[١٦]، وقد صح أن النبي عليه السلام[١٧] عاد يهوديًا مرض بجواره**.

---

(١٥) برانگيختن.

(١) قوله: حث الناس" فإنه لو لا استخدام الناس إياهم لما أخصاهم الذين يخصونهم. (غن)

(٢) أى تغيير خلق الله.

(٣) فى الدين بالحديث.

(٤) القدورى. (عينى)

(٥) قوله: ولا بأس بإخصاء إلخ" هذا لفظ القدوري، يقال: خصاه يخصيه خصاء -بالكسر والمد- من باب عصاه يعصيه إذا نزع خصيته وهو المشهور عند أهل اللغة، وقد وردت الرواية فى كتب محمد والطحاوى بلفظ الإخصاء أيضًا من المنشعبة. (غن)

(٦) بهيمة: چارپا.

(٧) قوله: "منفعة البهيمة" فإن فيه سمنها ويطيب به لحمها، وقد روى أن رسول الله ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوئين؛ وهما المرضوض خصاهما. (مل)

(٨) أخرجه البخارى ومسلم فى الجهاد. (ت)

(٩) خچر.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٠، والدراية ج٢ ص٢٣٨، الحديث ٩٧٣ . (نعيم)

(١٠) أى إنزاء الحمير على الخيل.

(١١) ركوب.

(١٢) أى فى "الجامع الصغير"، وهذه من الخواص. (غن)

(١٣) بيمار پرسى.

(١٤) قوله: "اليهودى إلخ" ونص محمد فى المجوسى على أنه لا بأس بعيادته، ولكن المشايخ اختلفوا فيه، منهم من قال: لا بأس به؛ لأنهم من أهل الذمة كاليهود والنصارى، وقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن المجوس أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى. ألا ترى أنه لا يجوز ذبيحة المجوسى ونكاحهم، بخلاف اليهود والنصارى، واختلفوا فى عيادة الفاسق أيضًا، والأصح أنه لا بأس به؛ لأنه مسلم، والعيادة من حقوق المسلمين، كذا قال فخر الدين قاضى خان فى "شرح الجامع الصغير". (غن)

(١٥) نكوئى، ولعله يكون سببا لإسلامهم.

(١٦) البر.

(١٧) رواه محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار" وابن حبان فى "صحيحه". (ت)

قال[١] : ويكره أن يقول الرجل في دعاءه**: أسألك بمعقد[٢] العز من عرشك[٣]، وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز. ولا ريب في كراهية الثانية؛ لأنه من القعود[٤] وكذا الأولى[٥]؛ لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش[٦]، وهو[٧] محدث، والله تعالى بجميع صفاته قديم. وعن أبي يوسف أنه لا بأس به[٨]، وبه أخذ الفقيه[٩] أبو الليث؛ لأنه مأثور[١٠] عن النبي عليه السلام.

روى[١١] أنه كان من[١٢] دعاءه[١٣]: اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك، ومنتهى الرحمة من كتابك، وباسمك الأعظم وجدك الأعلى[١٤]، وكلماتك التامة، ولكنا نقول: هذا خبر واحد، وكان الاحتياط في الامتناع.

ويكره أن يقول في دعاءه: بحق فلان[١٥]، أو بحق أنبياءك[١٦] ورسلك؛ لأنه لا حق للمخلوق على الخالق.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧١، والدراية ج٢ ص٢٣٨، الحديث ٩٧٤. (نعيم)

(١) أي في "الجامع الصغير"، وهذه من الخواص. (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٢، والدراية ج٢ ص٢٣٩، الحديث ٩٧٥. (نعيم)

(٢) مقعد كمجلس بتنگاه گره. (من)، مصدر ميمى إذ ظرف.

(٣) كلمة من ههنا لابتداء الغاية، أو للبيان.

(٤) قوله: "لأنه من القعود" فلا يشكل كراهيته؛ لأنه وصف الله تعالى بما هو باطل، وهو القعود، وهو التمكن على العرش، ذلك قول المجسمة، وهو قول باطل. (غن)

(٥) يكره.

(٦) قوله: "لأنه يوهم إلخ" فيتوهم أن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به، ولا يزال موصوفا به. (كف)

(٧) عرش، والواو حالية.

(٨) أي بالأول.

(٩) في "شرح الجامع الصغير".

(١٠) منقول.

(١١) رواه البيهقي في كتاب الدعوات الكبير عن ابن مسعود. (ت)

(١٢) بعض.

(١٣) نبي.

(١٤) الجد عظمة الله تعالى. (ديوان)

(١٥) قوله: "بحق فلان إلخ" ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله أن يفعل كذا، لا يجب على ذلك الغير أن يأتي بذلك الفعل شرعًا، وإن كان الأولى أن يأتي. (كف)

(١٦) والبيت والمشعر الحرام. (زيلعي)

قال[١]: ويكره اللعب بالشطرنج والنرد[٢] والأربعة عشر[٣]، وكل لهو؛ لأنه إن قامر بها، فالميسر حرام بالنص[٤]، وهو اسم لكل قمار، وإن لم يقامر بها، فهو عبث ولهو[٥]، وقال عليه السلام*: «لهو المؤمن باطل[٦] إلا الثلاث وتأديبه لفرسه ومناضلته[٧] عن قوسه وملاعبته مع أهله[٨]».

وقال بعض الناس: يباح اللعب بالشطرنج؛ لما فيه من تشحيذ[٩] الخواطر[١٠] وتذكية الأفهام[١١]، وهو محكى عن الشافعي.

لنا قوله عليه السلام[١٢]: «من لعب بالشطرنج[١٣] والنردشير فكأنما غمس[١٤] يده في دم الخنزير»**؛ ولأنه نوع لعب[١٥] يصد[١٦] عن ذكر الله وعن الجمع

---

(١) أي في "الجامع الصغير"، وهو من الخواص. (غن)

(٢) قوله: "والنرد [نرد بالفتح نام بازى ست در مقابله شطرنج. غث]" نرد بالفتح بازيى است معروف، ارد شيرين بابك آنرا وضع كرده لا جرم، نرد شير نيز نامندش. (من)

(٣) قيل شيء يستعمله اليهود. (ك)

(٤) قال الله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾.

(٥) وهو حرام.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٣، والدراية ج٢ ص٢٣٩، الحديث ٩٧٦. (نعيم)

(٦) قوله: "لهو المؤمن إلخ" رواه الحاكم في "المستدرك" في الجهاد عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «كل شيء من لهو الدنيا باطل إلا ثلاثة انتضالك بقوسك وتاديبك فرسك وملاعبتك أهلك فإنهن من الحق» مختصر، وقال: حديث صحيح على شرط مسلم، انتهى. (ت)

(٧) قوله: "مناضلته [تناضله رماه. ديوان]" منازلة تير اندازى كردن باهم، ونبرد نمودن در تير اندازى. (من)

(٨) بازى كردن.

(٩) تيز كردن كارد وشمشير وجز آن.

(١٠) قلوب.

(١١) تيز كردن آتش.

(١٢) قوله: "ولنا قوله إلخ" وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال: ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون، وروى مثل هذا عن عمر أيضاً، حين مر بقوم يلعبون بالشطرنج وقد شبه عملهم بعمل عبادة الأوثان. (غن)

(١٣) قوله: "من لعب إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، والحديث في مسلم، وليس فيه ذكر الشطرنج أخرجه عن بريدة قال: قال رسول الله ﷺ: «من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه»، انتهى. (ت)

(١٤) فرو برد. (من)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٤، والدراية ج٢ ص٢٤٠، الحديث ٩٧٧. (نعيم)

(١٥) أي غالبا، وأما منفعته فمغلوبة، والعبرة للغالب. (غن)

والجماعات، فيكون حرامًا؛ لقوله عليه السلام: «ما ألهاك[١] عن ذكر الله فهو ميسر»*، ثم إن قامر به[٢] تسقط عدالته[٣]، وإن لم يقامر[٤] لا تسقط؛ لأنه[٥] متأول فيه. وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرًا لهم[٦]، ولم يرَ أبو حنيفة به[٧] بأسًا؛ ليشغلهم عما هم فيه.

قال[٨]: ولا بأس بقبول هدية[٩] العبد التاجر، وإجابة دعوته، واستعارة دابته[١٠]، وتكره كسوته[١١] الثوب وهديته الدراهم والدنانير، وهذا[١٢] استحسان، وفي القياس كل ذلك باطل؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهله[١٣].

وجه الاستحسان أنه عليه السلام[١٤] قبل هدية سلمان رضي الله تعالى عنه[١٥] حين كان عبدًا**، وقبل هدية بريرة رضي الله تعالى عنها[١٦]، وكانت

---

(١٦) باز مى دارد أي صاحبه.

(١) قوله: "ماألهاك [أي ما أشغلك] إلخ" قلت: غريب مرفوعا، رواه أحمد في "كتاب الزهد" من قول القاسم بن محمد قال: «كل ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة فهو ميسر»، انتهى، رواه البيهقي في "شعب الإيمان" في الباب الحادي والأربعون عن عبد الله بن عمر أنه قال للقاسم بن محمد: هذه النرد ذكرتها، فما بال الشطرنج، قال: ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة فهو الميسر، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٥، والدراية ج٢ ص٢٤٠، الحديث٩٧٨ . (نعيم)

(٢) أي اللاعب بالشطرنج.

(٣) ولم يقبل شهادته. (غن)

(٤) ولم يصده ذلك عن الصلاة. (كافي)

(٥) لأن الشافعي قال بإباحته.

(٦) أي على اللاعبين.

(٧) أي بالسلام عليهم. (غن)

(٨) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٩) هدية يسيرة.

(١٠) أو ثوبه.

(١١) أي تمليكه. (ك)

(١٢) أي قبول هديه وغيره.

(١٣) قوله: "ليس من أهله" لقوله تعالى: ﴿عبدًا مملوكًا لا يقدر على شيء﴾ لأن ما في يده مملوك للمولى، فلا يملك التصرف إلا بقدر ملكه، وأنه ملك التجارة دون التبرعات. (مل)

(١٤) رواه الحاكم في "المستدرك" عن بريدة رضي الله تعالى عنه.

(١٥) [illegible] أبو بكر وأعتقه.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٥، والدراية ج٢ ص٢٤٠، الحديث٩٧٩ . (نعيم)

(١٦) قوله: "وقبل هدية بريرة" كانت مكاتبة لبني هلال واستعانت في كتابتها من عائشة رضي الله تعالى

مكاتبة*، وأجاب رهط[٢] من الصحابة[٣] رضى الله تعالى عنهم دعوة مولى أبى أسيد[٤] وكان عبداً**. ولأن فى هذه الأشياء[٥] ضرورة، لا يجد التاجر بداً منها[٦]، ومن ملك شيئًا يملك ما هو من ضروراته[٧]، ولا ضرورة فى الكسوة[٨]، وإهداء الدراهم[٩]، فبقي على أصل القياس.

قال[١٠]: ومن كان في يده لقيط[١١] لا أب له[١٢]، فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة

عنها فقالت عائشة: إن شاء أهلك اشتريتك منهم، وأعتقتك والولاء لى، فقالوا: لا نرضى إلا أن يكون الولاء لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: «الولاء لمن أعتق»، فاشتريت وأعتقت، وكان الناس يتصدقون عليها وهى تهدى لعائشة وغيرها، ودخل عليها رسول الله ﷺ، فقدمت إليه رطبا، والقدرة تغلى من اللحم، فقال: ألم تجعلى لنا نصيبنا من اللحم، فقالت: هو لحم تصدق على، فقال «لك صدقة ولنا هدية».

وروى حديث بريرة البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجة كلهم عن عائشة رضى الله تعالى عنها، وألفاظهم متقاربة، وقال الزيلعى: لم أجد فى شيء من طرق الحديث أن الهدية وقعت حين كانت مكاتبة، ولكن روى عبد الرزاق فى "مصنفه" فى الطلاق عن عروة أنها ابتاعتها مكاتبة على ثمانية أواق، ولم تعطِ من كتابتها شيئًا، انتهى. (مولوى محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٨١، والدراية ج٢ ص ٢٤١، الحديث ٩٨٠. (نعيم)

(٢) وفيهم أبو ذر.

(٣) قوله: "وأجاب إلخ" قلت: غريب، وفيه حديث مرفوع أخرجه الترمذى وابن ماجة عن أنس ابن مالك قال: كان رسول الله ﷺ يعود المريض ويتبع الجنائز ويجيب دعوة المملوك. (ت)

(٤) قوله: "ودعوة مولى أبى أسيد[الساعدى] إلخ" قال الفقيه أبو الليث وغيره فى "شروح الجامع الصغير": روى عن أبى سعيد مولى أبى أسيد قال: أعرست وأنا عبد، فدعوت رهطا من أصحاب رسول الله ﷺ، وفيهم أبو ذر فأجابونى. (غن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٨٢ تحت الحديث السابع والأربعين، وانظر الحديث ٩٨١ فى الدراية ج٢ ص٢٤٢. (نعيم)

(٥) الهدية والضيافة وغيرهما.

(٦) قوله: "لا يجد التاجر إلخ" لأن من فتح دكانًا للتجارة يجتمع عنده جمع من الناس فلا يخلوا من أن يطلب أحدهم شربة ماء أو نحوه، فلو امتنع ينسب إلى البخل، فلا يجتمعون إليه، فينسد باب التجارة، فصار هذا من ضروراته. (ك)

(٧) ولوازمه.

(٨) أى تمليك الثوب.

(٩) والدنانير أى الكسوة وإهداء الأثمان

(١٠) فى "الجامع الصغير". (من)

(١١) قوله: "لقيط اللقيط" لغة ما يلقط أى ما يرفع من الأرض فعيل بمعنى مفعول، وشرعًا مولود طرحه أهله خوفًا من العيلة، أو فراراً من التهمة. (درر شرح غرر)

(١٢) قوله: "لا أب له" هذا قيد احترازى عن اللقيط الذى كان له أب حاضر، فإنه لا يجوز ممن كان فى يده، ومثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة، او الصدقة له على موجب ما مر فى كتاب الهبة، من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب؛ لتفويض الأب أمورها إلية دلالة بخلاف الأم.

وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح؛ لأن تصرف هؤلاء

له[١]، وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة[٢]، نوع هو من باب الولاية[٣]، لا يملكه إلا من هو ولى[٤]، كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية[٥]؛ لأن الولى هو الذى قام مقامه بإنابة الشرع.

ونوع آخر[٦] ما كان من ضرورة حال الصغار، وهو شراء ما لا بد للصغير منه[٧] وبيعه، وإجارة الأظآر[٨]، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والملتقط[٩] إذا كان فى حجرهم[١٠]، وإذا ملك هؤلاء هذا النوع[١١]، فالولى أولى به[١٢]، إلا أنه لا يشترط فى حق الولى أن يكون الصبى فى حجره.

ونوع ثالث[١٣] ما هو نفع محض، كقبول الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه

للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضرة الأب لا ضرورة، انتهى، إذ لا شك أن الملتقط دخل فى كلية قوله، وكل من يعولها غيرها، فلزم أن يملك قبض الهبة للصغيرة التى كانت فى يده، ولا أب لها، فتبصر. (نتائج)

(١) أى للقيط.

(٢) ليس المقصود الحصر.

(٣) قوله: "هو من باب الولاية" ومن هذا النوع ما هو متردد يحتمل أن يكون نفعا، ويحتمل أن يكون ضررا كالإجارة والبيع للاسترباح لا يملكه، إلا الأب والجد ووصيهما سواء، كان فى أيديهم أو لا، وأما الإنكاح فيجوز من كل عصبة، ذى رحم عند عدمهم عند أبى حنيفة ، ولا يجوز من غيرهم. (زيلعى)

(٤) كالأب والجد والأخ والعم على ترتيب الولاية.

(٥) القنية أصل مال للنسل لا للتجارة. (ك)

(٦) وذلك مثل النفقة والكسوة؛ لأنه لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير، وهو مدفوع. (زيلعى)

(٧) كالطعام والكسوة. (غن)

(٨) قوله: "وإجارة الأظآر [ظئر بالكسر شير ده بچه غير. من]" وفى بعض النسخ: وإجارة الصغار، والأولى هى الصحيحة؛ لأن إجارة الصغار ليست من ضرورات حال الصغار لا محالة، ولذا لم يذكر الصدر الشهيد وفخر الدين قاضى خان فى شرحيهما، وأما إجارة الأظآر فمن ضروريات حال الصغير.

وأيضًا يلزم حينئذ التناقض على رواية هذا الكتاب، أعنى الجامع الصغير؛ لأنه صرح فيه أن الملتقط لا يجوز له أن يؤاجر اللقيط، نعم على رواية القدورى يجوز ذلك لحفظ الصبى عن الضياع، ولا كلام لنا فيه، وفى بعض النسخ وإجارة الأظآر للصغار وهى أوضح، وهذا ما فى "غاية البيان".

وقال فى "العناية": إن فى أكثر النسخ: وإجارة الصغار، وفى "الكفاية": أنه موافق لرواية "الجامع الصغير" للإمام المختار فى لفظ فخر الإسلام على البزدوى، وحينئذ فقد قيل: فى تأويله أن معنى قوله: وإجارة الصغار تسليمهم فى الصناعة، ولهذا عد من أنواع الضرورة، تدبر. (مل)

(٩) أى آخذ اللقيط.

(١٠) حجر كنار مردم. (م)

(١١) الثانى.

(١٢) بأن يملك هذا النوع.

(١٣) ونوع رابع وهو ضرر محض كالطلاق والعتاق، فلا يملكه عليه أحد. (زيلعى)

الملتقط، والأخ والعم والصبي بنفسه إذا كان[١] يعقل؛ لأن اللائق بالحكمة[٢] فتح باب مثله[٣] نظرا للصبي، فيملك بالعقل[٤] والولاية[٥] والحجر[٦]، وصار[٧] بمنزلة الإنفاق.

قال: ولا يجوز للملتقط[٨] أن يؤاجره[٩]، ويجوز للأم أن تؤاجر ابنها إذا كان[١٠] في حجرها، ولا يجوز[١١] للعم[١٢]، لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه[١٣]، ولا كذلك الملتقط والعم.

ولو أجر الصبي نفسه لا يجوز[١٤]؛ لأنه[١٥] مشوب[١٦] بالضرر إلا إذا فرغ من العمل؛ لأن عند ذلك[١٧] تمحض نفعًا[١٨]، فيجب المسمى[١٩]، وهو نظير العبد المحجور[٢٠] يؤاجر نفسه قد ذكرناه[٢١].

---

(١) الصبي.

(٢) مصلحت.

(٣) قوله: "فتح باب إلخ" أي لأنه لما كان نفعا محضا كان تحقق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه من وجه الولاية، ومن وجه العول والنفقة، ومن جهة العقل والتميز؛لأن العلل كلها موجودة، وليس في ذلك مدافعة الحكم. (غن)

(٤) للصبي العاقل.

(٥) للولي.

(٦) لمن يعوله.

(٧) لكونه نفعًا محضًا.

(٨) لأن الملتقط ليس له ولاية عليه. (غن)

(٩) لقيط.

(١٠) الابن.

(١١) إجارة.

(١٢) يعني وإن كان في حجره. (ع)

(١٣) أي بلا عوض فلان يتلف بالعوض أولى. (عن)

(١٤) قوله: "لا يجوز [أي لا يلزم. ك]" وذلك لأن عقد الصبي إنما يصح فيما هو نفع محض، وليس في لزوم العقد منفعة خالصة؛ لأنه مشوب بالضرر. (غن)

(١٥) الإجارة.

(١٦) مخلوط.

(١٧) الفراغ.

(١٨) قوله: "تمحض [الإجارة] فيجب [على المستأجر]" محض خالص كردن دوستي وخير خواهي را. (من)

(١٩) استحسانًا لأنه انقلب نفعًا محضًا. (غن)

(٢٠) قوله:وهو نظير العبد المحجور [الغير المأذون]" لايصح إجارته نفسه، قياسًا لانعدام الإذن، وقيام الحجر، ومع هذا لو آجر نفسه وفرغ من العمل، يصح استحسانًا؛ لأنه انقلب نفعًا محضًا. (غاية البيان)

قال[١]: ويكره[٢] أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية[٣]، ويروى الداية[٤]، وهو طوق الحديد[٥] الذي يمنعه من أن يحرك رأسه، وهو معتاد بين الظلمة؛ لأنه عقوبة أهل النار، فيكره كالإحراق بالنار، ولا يكره أن يقيده؛ لأنه سنة المسلمين في السفهاء، وأهل الدعارة[٦]، فلا يكره في العبد تحرزًا عن إباقه وصيانةً لماله.

قال[٧]: ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي[٨]؛ لأن التداوي مباح بالإجماع[٩]، وقد ورد بإباحته الحديث[١٠]*. ولا فرق[١١] بين الرجال والنساء، إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم[١٢] كالخمر ونحوها؛ لأن الاستشفاء بالمحرم حرام[١٣].

قال[١٤]: ولا بأس برزق القاضي[١٥]؛ لأنه عليه السلام بعث عتاب ابن

---

(٢١) في باب إجارة العبد. (غن)

(١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) قوله: "ويكره إلخ" قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الإباق، وأما في زماننا فلا بأس به لغلبة الإباق، خصوصا في الهنود، كذا ذكره الإمام قاضي خان. (ك)

(٣) قوله: "الراية" بالراى المهملة: غل يجعل في عنق العبد من الحديد علامة على أنه آبق، والداية بالدال ليس بشيء، وهو غلط من الكاتب والخواص. (غن)

(٤) بالدال غلط كذا في "المغرب".

(٥) المسمر بمسمار عظيم. (غن)

(٦) قوله: "وأهل الدعارة [بالفتح والكسر تباهي وفسق. من]" الداعر الخبيث المفسد، ومصدره الدعارة، وهو من قولهم: عود وعراى أي كثير الدخان. (غن)

(٧) أي قال في "الجامع الصغير": وهي من الخواص. (غن)

(٨) إذ لو أريد التسمين لا يباح. (ك)

(٩) قوله: "مباح إلخ" والأمر بالتوكيل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب، ثم التوكل بعده على الله دون الأسباب، قال الله تعالى لمريم: ﴿وهزي إليك بجذع النخلة﴾ مع قدرته على أن يرزقها من غير هز، ذكره فخر الإسلام. (ع)

(١٠) قوله: بإباحته الحديث" قلت يشير إلى حديث تداووا، أخرجه اصحاب السنن الأربعة عن أسامة قال: قالوا: يا رسول الله! أ نتداوى، فقال: تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء، غير السام والهرم. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٨٣ تحت الحديث السابع والأربعين، والحديث ٩٨٢ في الدراية ج ٢ص٢٤٢، . (نعيم)

(١١) ولا فرق في جواز التداوي.

(١٢) قوله: "إلا أنه لا ينبغي إلخ" في "التهذيب" يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه، ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه، وإن قال الطبيب: يتعجل شفاءك به فيه وجهان. (ك)

(١٣) قوله: "لأن الاستشفاء بالمحرم حرام" قيل: إذا لم يعلم أن فيه شفاء، أما إذا علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر، يجوز الاستشفاء به، ومعنى قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم، يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء آخر غير المحرم؛ لأنه يستغنى بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: ينكشف الحرمة عند الحاجة، فلا يكون الشفاء بالحرام، وإنما يكون بالحلال. (عناية)

أسيد[١] إلى مكة وفرض له[٢]، وبعث عليًا إلى اليمن وفرض له*؛ ولأنه محبوس لحق المسلمين، فتكون نفقته فى مالهم، وهو مال بيت المال[٣]، وهذا[٤] لأن الحبس من أسباب النفقة، كما فى الوصى[٥].

والمضارب إذا سافر[٦] بمال المضاربة، وهذا[٧] فيما يكون كفاية[٨]، فإن كان شرطًا، فهو حرام؛ لأنه استئجار على الطاعة، إذ القضاء طاعة، بل هو أفضلها[٩]، ثم القاضى إذا كان فقيرًا فالأفضل[١٠]، بل الواجب[١١] الأخذ[١٢]؛ لأنه لا يمكنه[١٣]

(١٤) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٥) قوله: "ولا بأس برزق القاضى" أى إذ قلد السلطان رجلا القضاء لا بأس بأن يعين له رزقا بطريق الكفاية، لا أن يشترط ذلك فى ابتداء التقليد. (ع)

(١) قوله: "بعث عتاب إلخ" قال الزيلعى: إنه روى الحاكم فى "المستدرك" فى كتاب الفضائل أنه استعمل رسول الله ﷺ عتاب بن أسيد على مكة، وتوفى رسول الله ﷺ وهو عامل عليها، وقد ورد فى الأحاديث أن النبى عليه السلام بعث عليا فى اليمن، ولم يذكر فى شيء من الأحاديث، أنه عليه السلام فرض عتابًا، أو عليا، فتأمل.

لكن فكر العينى متعقبًا على الزيلعى أنه أخرج البيهقى عن الزهرى، قال: رزق رسول الله ﷺ عتاب ابن أسيد حين استعمله على مكة أربعين أوقية فى كل سنة. (مل)

(٢) قوله: "وفرض له" أى فرض أربعين أوقية فى السنة، والأوقية بالتشديد أربعون درهما، وتكلموا أنه عليه السلام من أى مال رزقه، ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال، فإن الدواوين وضعت فى زمن عمر رضى الله تعالى عنه، فقيل: إنما رزقه من الفىء مما أفاء الله، وقيل: من المال الذى أخذ من نصارى بنى نجران، ومن الجزية التى أخذها من مجوس هجر، وعن أبى بكر رضى الله تعالى عنه أنه كان يأخذ كل يوم درهما وثلثى درهم، وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه كان يأخذ كفايته. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٨٥، والدراية ج٢ ص٢٤٢، الحديث٩٨٣ . (نعيم)

(٣) قوله: "وهو مال بيت المال" قالوا: وهذا إذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق، فأما إذا كان حرامًا جمع بباطل لم يحل أخذه بحال؛ لأن سبيل الحرام والغصب رده إلى أهله، وليس ذلك بمال عامة المسلمين. (غن)

(٤) أى ثبوت الرزق لأجل الحبس.

(٥) قوله: "كما فى الوصى" فإنه يحبس نفسه لأجل العمل لليتيم، فنفقته فى ماله، قال الله تعالى: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرًا فليأكل بالمعروف﴾، وفى "صحيح البخارى" قالت عائشة رضى الله تعالى عنها: يأكل الوصى بقدر عمالته، كذا قال الزيلعى. (مل)

(٦) وخرج من بلده، فله نفقته.

(٧) أى الجواز.

(٨) قوله: فيما [أى فى رزق يكون إلخ] يكون كفاية" يعنى إذا أخذ القاضى رزقه على وجه الكفاية، بأن تقلد القضاء ابتداء من غير شرط، ثم رزقه الوالى كفاية؛ لاحتباسه بالقضاء عن الكسب، أما إذا أخذ على الشرط بأن قال فى ابتداء القضاء: إنما أقبل القضاء أن يرزقنى الوالى، كذا فى كل شهر، أو فى كل سنة بمقابلة قضائى بين الناس، وإلا فلا أقبل، فهو باطل؛ لأنه استئجار على الطاعة فلا يجوز. (ك)

(٩) طاعة.

(١٠) ولم ينقل عن محمد أن القاضى هل يأخذ الرزق فى يوم العطلة اختلف المتأخرون فيه، والصحيح أنه يأخذ.

إقامة فرض القضاء إلا به[١]، إذ الاشتغال بالكسب يقعده[٢] عن إقامته.

وإن كان غنيا، فالأفضل الامتناع[٣] على ما قيل، رفقًا[٤] ببيت المال، وقيل: الأخذ[٥] وهو الأصح؛ صيانة للقضاء عن الهوان[٦]، ونظرًا لمن يولى بعده[٧] من المحتاجين[٨]؛ لأنه[٩] إذا انقطع زمانًا يتعذر إعادته[١٠].

ثم تسميته رزقًا يدل على أنه بقدر الكفاية[١١]، وقد جرى الرسم بإعطاءه[١٢] فى أول السنة؛ لأن الخراج يؤخذ فى أول السنة، وهو[١٣] يعطى منه، وفى زماننا الخراج يؤخذ فى آخر السنة، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية، هو الصحيح.

ولو استوفى[١٤] رزق سنة[١٥]، وعزل قبل استكمالها، قيل: هو على اختلاف معروف[١٦] فى نفقة المرأة[١٧]، إذا ماتت فى السنة بعد استعجال نفقة السنة، والأصح

(خزانة الروايات)

(١١) على القاضى.

(١٢) من بيت المال.

(١٣) القاضى.

(١) أى بالأخذ.

(٢) القاضى.

(٣) عن الآخذ.

(٤) بالفتح: نفع رساندن بكسى. (م)

(٥) أى الأفضل الأخذ وإن كان غنيًا.

(٦) خوار گرديدن. (من)

(٧) القاضى الغنى.

(٨) بيان من.

(٩) رزق.

(١٠) قوله: "يتعذر إلخ" لأن متولى أمور بيت المال يحتج عليه بعدم جرى العادة فيه منذ زمان، فيتضرر القاضى الفقير. (عينى)

(١١) أى ما يكفيه وأهله فى كل زمان. (الدر المختار)

(١٢) الرزق.

(١٣) رزق.

(١٤) أى القاضى فى أول السنة. (غن)

(١٥) مستقبلة.

(١٦) قوله: "على اختلاف معروف إلخ" يعنى على قول محمد يجب رد حصة ما بقى من السنة، وعلى قول أبى يوسف: لا يجب. (ع)

(١٧) قوله: "فى نفقة" إذا عجل لها نفقة السنة، ثم مات أو ماتت قبل مضى المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها

أنه يجب الرد. قال[١]: ولا بأس بأن تسافر الأمة وأم الولد[٢] بغير محرم[٣]؛ لأن الأجانب في حق الإماء فيما يرجع إلى النظر، والمس بمنزلة المحارم[٤] على ما ذكرنا من قبل[٥]، وأم الولد أمة لقيام الملك فيها، وإن[٦] امتنع بيعها[٧]، والله أعلم بالصواب.

كتاب[٨] إحياء الموات[٩]

قال: الموات ما لا ينتفع به من الأراضي[١٠]؛ لانقطاع الماء عنه، أو لغلبة

بشيء فيه قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يحتسب لها نفقة ما مضى، وما بقي للزوج إن كان قائما، وقيمته إن كان مستهلكا، وهو قول الشافعي؛ لأنه استعجلت عوضا عما تستحقه بالاحتباس، وقد بطل الاستحقاق بالموت، فيبطل له العوض بقدره، وهو القياس.

ولهما أنه صلة، وقد اتصل بها القبض، ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها، كما في الهبة، وهذا بالاستحسان، وبه يفتي، كذا في "الدر المختار"، ولو هلكت النفقة من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع، كذا في العناية، وغيرها. (مل)

(١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) وكذا المكاتبة؛ لأنها مملوكة رقبة، وكذا معتقة البعض عند أبي حنيفة. (زيلعي)

(٣) قوله: "ولا بأس بأن تسافر إلخ" قالوا: هذا في زمانهم لغلبة أهل الصلاح، فأما في زماننا فلا لغلبة أهل الفساد. (كف)

(٤) في حق الحرائر. (غن)

(٥) قوله: "على ما ذكرنا" إشارة إلى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله: وأما الخلوة بها والمسافرة معها، فقد قيل: يباح كما في المحارم. (عن)

(٦) متصلة.

(٧) لاستحقاقها الحرية. (غن)

(٨) قوله: "كتاب" مناسبة هذا بكتاب الكراهية يجوز أن يكون من حيث إن في مسائل هذا الكتاب ما يكره، وما لا يكره. (ع)

(٩) قوله: "إحياء الموات" مشروعيته بقوله ﷺ: «من أحيى أرضا ميتة فهي له» إحياء الأرض عبارة عن جعلها بحيث ينتفع به، وسببه تعلق البقاء المقدور، وحكمه تملك المحيي ما أحياه. (عناية)

(١٠) قوله: "الموات ما لا ينتفع [هذا قول القدوري في "مختصره". عيني] إلخ "هذا تحديد لغوي، ويزاد عليه في الشرع أشياء بيانها في قوله فما كان منها عاديا إلخ" هذا ما في "الكفاية" تبعا لتاج الشريعة، وقال في "نتائج الأفكار": هذا ليس بتام، فإن قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي أيضا.

قال في "الصحاح": والموات -بالفتح- ما لا روح فيه، والموات أيضا الأرض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد، انتهى، فعلى تقدير أن يجعل ما في الكتاب تفسيرا للمعنى اللغوي يكون تفسيرا بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف، لكن لا ينتفع به لأحد من الأمور المذكورة.

أقول: لا بأس بكون التفسير أعم، فإن القدماء جوزوا التعريف بالأعم كما هو مشحون في كتب الميزان على أن أكثر تعاريف اللغة تعريفات لفظية، وهي تجوز بالأعم، إلا أن يقال: إن هذا مبني على كون ما في الكتاب تعريفا له في اللغة، والقادح يقدح فيه، تأمل. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

الماء عليه، أو ما أشبه ذلك[١] مما يمنع الزراعة، سمي بذلك[٢] لبطلان الانتفاع به[٣]، قال[٤]: فما كان منها عاديًا لا ما لك له[٥]، أو كان مملوكًا في الإسلام[٦] لا يعرف مالك بعينه.

وهو[٧] بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر[٨]، فصاح[٩] لا يسمع الصوت فيه[١٠]، فهو موات، قال رضي الله تعالى عنه[١١]: هكذا ذكره القدوري، ومعنى العادي[١٢] ما قدم خرابه[١٣].

والمروي عن محمد أنه يشترط أن لا يكون مملوكًا لمسلم أو ذمي مع انقطاع الارتفاق[١٤] بها[١٥]؛ لتكون ميتة مطلقًا[١٦]، فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذمي لا

---

(١) بأن غلب عليه الرمال أو صارت سبخة. (ع)

(٢) أي الموت.

(٣) فشبهت بالحيوان الذي بطلت منافعه. (عناية)

(٤) أي القدوري في "مختصره". (غ)

(٥) أي قديم الخراب.

(٦) قوله: "أوكان مملوكًا [في دار الإسلام] إلخ" هذا قول بعض المشايخ، وقال بعضهم: الأراضي المملوكة أن انقرض أهلها، فهي كاللقطة. (ع)

(٧) الواو حالية.

(٨) قوله: "بحيث إذا وقف [وعن أبي يوسف في رواية أخرى أن البعد قدر غلوة. ك] إلخ" في "الذخيرة": الفاصل بين القريب والبعيد مروي عن أبي يوسف قال: يقوم رجل جهوري الصوت من أقصى العمرانات على مكان عال، وينادي بأعلى صوته، فأي الموضع الذي لا يسمع صوته فيه يكون بعيدًا. (ك)

(٩) أي بأعلى صوته. (زيلعي)

(١٠) قوله: "لا يسمع الصوت" وإن كان يسمع فلا؛ لأنه فناء العامر فينتفعون به؛ لأنهم يحتاجون إليه، لرعي مواشيهم وطرح حصائدهم، فلم يكن انتفاعهم منقطعًا عنه ظاهرًا، فلا يكون مواتًا. (زيلعي)

(١١) أي المصنف.

(١٢) قوله: "ومعنى العادي إلخ" سماها عاديًا على أنها خربت على عهد عادة، وفي العادات الظاهرة ما يوصف بطول مضي الزمان عليه ينسب إلى عاد، فمعناه ما تقدم خرابه فيما يعلم أنه لاحق، لا حد فيه. (ك)

(١٣) قوله: "قدم خرابه [خراب ويران شدن]" فلا يعرف له مالك، لا أن يكون منسوبًا إلى عاد، لأن جميع أرض الموات لم يكن لعاد، وإنما كنى بذلك عن القديم؛ لأن عادا كان في قديم الأيام. (غ)

(١٤) انتفاع.

(١٥) أرض.

(١٦) قوله: "لتكون" أي الأرض ميتة مطلقًا؛ لأن النبي ﷺ ذكر الميتة على الإطلاق، ومطلق الاسم أبدًا ينصرف إلى الكامل، والكامل من المسمى أن لا يكون الأرض مملوكًا لأحد، فإن كان مملوكًا لمسلم أو ذمي، وصار خرابا، وانقطع عنها الماء، وارتفاق الناس بها من حيث المرعي والاحتطاب، فإنه لا يكون ميتة، حتى لا تملك بإذن الإمام عندهم جميعًا. لأن ما كان مملوكًا لمسلم أو ذمي لا يزول الملك عنها بخراب، وبانقطاع الماء عنها والمرافق، بل تصير

تكون مواتًا، وإذا[1] لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين[2]، ولو ظهر له مالك ترد عليه، ويضمن الزارع نقصانها[3]، والبعد عن القرية على ما قال[4]، شرطه أبو يوسف ؛ لأن الظاهر أن ما يكون قريبًا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه، فيدار الحكم عليه[5]. ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها[6] حقيقة، وإن[7] كان قريبا من القرية، كذا ذكره الإمام المعروف بـ"خواهر زاده"[8]، وشمس الأئمة السرخسي اعتمد على ما اختاره أبو يوسف[9].

ثم من أحياه بإذن الإمام ملكه[10]، وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة، وقالا: يملكه ؛ لقوله عليه السلام[11]: «من أحيى أرضًا ميتة فهي له»*، ولأنه مال مباح سبقت يده[12] إليه، فيملكه كما في الحطب والصيد[13]. ولأبي حنيفة قوله عليه السلام[14]: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه به[15]»**وما روياه[16] يحتمل

لوارثه إن عرف، وإن لم يعرف يرثه جماعة المسلمين، فيكون مملوكًا، والميتة لا تكون مملوكة لأحد.

ولهذا اقتضى إطلاق اسم الميتة أن لا يكون مملوكًا لمسلم، ولا لذمي، وإذا لم يكن الأرض مملوكًا لمسلم، ولا لذمي، وانقطع عنها مرافق الناس، إلا أن الماء لا ينقطع عنها لا تكون ميتة، وإذا انقطع عنها الماء، ولم تكن مملوكة لأحد، إلا أنه لا ينقطع مرافق الناس منها، بأن كان ينتفع بها أهل مصر أو قرية، لا تكون ميتة لهذا. (غن)

(١) من تتمة قول محمد. (ك)

(٢) كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا، فلا يكون لأحد أن يملكه على التخصيص. (ك)

(٣) إن نقصت بالزراعة.

(٤) القدوري.

(٥) قوله: "فيدار الحكم عليه" أي على القرب الذي هو دليل الارتفاق، فالحاصل أن عند أبي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد، وعند محمد على حقيقة الارتفاق وعدمه. (غن)

(٦) أرض.

(٧) الواو وصلية.

(٨) في شرح كتاب الشرب. (غن)

(٩) وهو أن ما قرب من العامر لا يكون مواتًا. (غن)

(١٠) هذا من مسائل مختصر القدوري. (غن)

(١١) أخرجه أبو داود في الخراج والترمذي في الأحكام. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٨٨، والدراية ج٢ ص٢٤٤، الحديث ٩٨٤. (نعيم)

(١٢) محي.

(١٣) فإن من احتطب حطبًا في المفازة فهو له، ومن اصطاد صيدًا فهو له. (مل)

(١٤) قلت: رواه الطبراني، وفيه ضعف من حديث معاذ. (ت)

(١٥) أي فيما يحتاج فيه إلى رأي الإمام، وهو من المباحات.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٠، والدراية ج٢ ص٢٤٤ تحت الحديث ٩٨٤. (نعيم)

أنه أذن لقوم لا نصب[١] لشرع، ولأنه مغنوم[٢]؛ لوصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل[٣] والركاب[٤]، فليس لأحد أن يختص به[٥] بدون إذن الإمام، كما في سائر الغنائم[٦]. ويجب فيه العشر[٧]؛ لأن ابتداء توظيف[٨] الخراج على المسلم لا يجوز، إلا إذا سقاه بماء الخراج؛ لأنه حينئذٍ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء، فلو أحياها[٩] ثم تركها فزرعها غيره، فقد قيل: الثاني أحق بها؛ لأن الأول ملك استغلالها لا رقبتها[١٠]، فإذا تركها كان الثاني أحق بها.

---

(١٦) الصاحبان.

(١) قوله: "يحتمل أنه إذن إلخ" تقريره أن المشروعات على نوعين: أحدهما نصب الشرع، والآخر إذن بالشرع، فالأول كقوله عليه السلام: «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف» والآخر كقوله عليه السلام: «من قتل قتيلا فله سلبه» أي للإمام أن يأذن للغازي بهذا القول، وكان ذلك منه عليه السلام إذنا لقوم معين، فيجوز أن يكون قوله عليه السلام: «من أحيى أرضًا مواتًا فهي له» من ذلك القبيل.

وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل، وما ذكره أبو حنيفة مفسر لا يقبله، فكان راجحًا، وفيه وجه آخر، وهو أن قوله عليه السلام «من أحيى أرضًا ميتة فهي له» يدل على السبب، فإن الحكم إذا ترتب على المشتق يدل على علّية المشتق منه لذلك الحكم، وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا بإذن الإمام، وقوله عليه السلام: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه يدل على ذلك». (ع)

(٢) قوله: "ولأنه" أي ولأن الموات مغنوم؛ لأنه كان في أيدي المشركين، ثم صار في أيدي المسلمين بإيجاف إلخ. (ب)

(٣) إيجاف: راندن ستور بشتاب. (م)

(٤) الخيل والركاب شتران سوارى.

(٥) قوله: "فليس لأحد إلخ" وقياسهما على الحشيش والصيد لا يصح، لأن الإمام لا يملك أن يفرد واحدا دون أحد بذلك، حتى إن لو أمر واحداً أن يأخذ شيئًا من الحشيش، أو صيداً بعينه من بر، أو بحر لا يملكه المأمور قبل الأخذ والاصطياد، وإن غيره لو أخذ، كان أولى به منه.

بخلاف الموات، لأن المأمور بالإحياء يملكه بنفس الأمر قبل الإحياء، إذا خط له خطة، فيكون أولى من غيره، ولأن الإمام يملك الأرضين الموات، لأنه لو باعها جاز، ولا يملك الصيد، ولهذا لو باع الصيد في البر لم يجز، فظهر الفرق بين المقيس والمقيس عليه، كذا ذكره الطحاوي في "شرح الآثار". (عن)

(٦) يعني قبل القسمة. (غن)

(٧) قوله: "ويجب فيه [بعد الإحياء. ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. غن] إلخ" وإذا ملك أرض الموات بإذن الإمام أو بغير إذنه على الاختلاف، فزرعها، فإنه ينظر إن زرعها بماء السماء، فهي أرض العشر، وإن زرعها بماء نهر من أنهار المسلمين فعلى قول أبي يوسف حكمها حكم تلك الأراضي التي فيها ذلك، إن كانت من أرض الخراج فهي من أرض الخراج، وإن كانت من أرض العشر فهي من أرض العشر.

وعند محمد: إن كان الماء الذي ساقه إليها من مياه الأنهار العظام، كالنيل والفرات وما أشبهها، فهي من أرض العشر، وإن كان ذلك الماء من نهر حفره الإمام من ماء الخراج، فهي أرض خراج، به أخذ الطحاوي. (شرح الطحاوي للإمام الإسبيجابي)

(٨) مقرر كردن، روز مره كردن بر كسى. (من)

(٩) ذكرها تفريعًا على مسألة المختصر أيضًا. (غن)

(١٠) قوله: ملك استغلالها [أي أخذ منافعها، في "المنتخب" استغلال غلة گرفتن وغلة آوردن خواستن] وإليه ذهب

والأصح أن الأول ينزعها من الثاني؛ لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث[١]؛ إذ الإضافة فيه بلام التمليك، وملكه لا يزول بالترك، ومن أحيى أرضًا ميتة[٢]، ثم أحاط الأحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب[٣]. فعن محمد أن طريق الأول في الأرض الرابعة؛ لتعينها[٤] لتطرقه[٥] وقصد الرابع إبطال حقه[٦].

قال[٧]: ويملكه[٨] الذمي بالإحياء كما يملكه المسلم؛ لأن الإحياء سبب الملك إلا أن عند أبي حنيفة إذن الإمام من شرطه[٩]، فيستويان[١٠] فيه[١١]، كما في سائر أسباب الملك[١٢]، حتى الاستيلاء على أصلنا[١٣].

قال[١٤]: ومن حجر أرضًا[١٥]، ولم يعمرها ثلاث سنين، أخذها الإمام ودفعها

الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي قياسا على من جلس في موضع يباح له الانتفاع به، فإذا قام عنه وأعرض بطل حقه. (ع)

(١) قوله: "على ما نطق به [أي من أحيا أرضا ميتة فهي له] إلخ" لقائل أن يقول: الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح، وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر؛ لأنه حمله على كونه إذنا شرعا، فكيف يصح الاستدلال به، والجواب أنه وإن كان إذنا لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعا، ألا يرى أن من قال له الإمام: "من قتل قتيلا فله سلبه" ملك سلبه من قتله. (عيني)

(٢) ذكرها على التفريع أيضًا ولم يذكرها ولا ما سبقها محمد في الكتاب.

(٣) ولو كان معًا فتعيين الطريق على الإمام

(٤)قوله: "لتعينها لتطرقه [أول] إلخ" لأنه حين سكت عن الأول والثاني والثالث، صار الباقي طريقا له، فإذا أحياه الرابع فقد أحيى طريقه من حيث المعنى، فيكون له فيه طريق. (ك)

(٥)قوله: "لتطرقه" تطرق بفتح أول وثاني وضم راء مهملة مشددة، راه كردن وراه يافتن. (غث)

(٦) أول.

(٧) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٨) موات.

(٩) الملك.

(١٠) الذمي والمسلم.

(١١) الملك.

(١٢) من الشراء والميراث والشفعة وغيرها.

(١٣) قوله: "حتى الاستيلاء [أما الشافعي: فلا يقول بتملك الكافر أموالنا لو استولى علينا]" أي إنا نملك مال الكافر بالاستيلاء، فكذا الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء، فكذا ههنا. (كف)

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٥) قوله: "ومن حجر أرضًا ولم يعمرها [تعمير آباد ساختن. م] إلخ" اعلم أن الاحتجار هو الصحيح، يقال: احتجرت الأرض إذا ضربت عليها منارًا، وأعلمت علما في حدودها للحيازة، كذا في "المغرب".

وقد ذكر الفقهاء في معناه التحجير والتحجر أيضًا، ومعناه الإعلام، بأنه قصد إحياء الموات بوضع الحجر ونحوه حوله، واشتقاقه حينئذ من الحجر بفتحتين، أن من الحجر بسكون الجيم، فالمعنى إعلام موضع ا لموات بحجر الغير عن

إلى غيره، لأن الدفع إلى الأول[١] كان ليعمرها، فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج، فإذا لم يحصل[٢] يدفعه[٣] إلى غيره؛ تحصيلا للمقصود.

ولأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به؛ لأن الإحياء إنما هو العمارة والتحجير الإعلام[٤]، سمي به[٥]؛ لأنهم كانوا يعلمونه[٦] بوضع الأحجار[٧] حوله، أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه[٨]، فبقي غير مملوك، كما كان، هو الصحيح[٩].

وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله تعالى عنه[١٠]: "ليس لمتحجر[١١] بعد ثلاث سنين حق" *، ولأنه إذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه، وزمان يهيئ أموره فيه، ثم زمان يرجع فيه إلى ما يحجره[١٢]، فقدرناه بثلاث سنين[١٣]؛ لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفي بذلك[١٤]، وإذا لم

إحياءه، فإن من أعلم في موضع من الموات علامة، فكأنه منع الغير من إحياء ذلك الموضع، كذا في "غاية البيان" و "الكافي". (مل)

(١) قوله: "لأن الدفع" أقول: لا يتم هذا التعليل؛ لأنه اقتضى أن يأخذها الإمام، ويدفعها إلى الغير بعد الإحياء أيضا، إذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج. (نتائج الأفكار)

(٢) النفع.

(٣) الإمام.

(٤) إعلام -بالكسر- آگاه گردانيدن ونشان كردن. (م)

(٥) الإعلام.

(٦) الموات.

(٧) على الجوانب الأربع.

(٨) قوله: "أو يعلمونه" أي أو يعلمون الموات بشيء آخر سوى الأحجار يمنع غيرهم عن إحيائه. (كفاية)

(٩) أي أن التحجير ليس بإحياء، هو الصحيح؛ لأن الإحياء جعلها صالحة للزراعة. (زيلعي)

(١٠) قلت: رواه أبو يوسف في "كتاب الخراج" عن سعيد بن المسيب. (ت)

(١١) وفي بعض النسخ: محتجر، وصححه بعض الشراح. (عظمى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٠ تحت الحديث الثاني من كتاب إحياء الموات، وذكر أثر عمر رضي الله عنه في الدراية ج٢ ص٢٤٤ تحت الحديث ٩٨٤. (نعيم)

(١٢) فيحييه.

(١٣) قوله: "فقدرناه إلخ" فيجعل له من المدة للرجوع إلى وطنه سنة؛ لأن دار الإسلام من أدناها إلى أقصاها يقطع في سنة، فلعله إنما تحجر في أقصى طريق دار الإسلام، وبلده في الطرف الآخر من دار الإسلام، ولإصلاح أموره سنة، وللرجوع إلى ذلك سنة، فلا ينبغي أن يشتغل إحياء ذلك الموضع غيره إلى ثلاث سنين، ولكن ينتظره ليرجع، وبعد مضي المدة الظاهر أنه قد بدا له، وأنه لا يريد الرجوع إليها، فيجوز لغيرها إحياؤها. (كف)

(١٤) قوله: "لا يفي بذلك" أي عموما حتى يشمل جميع المحتجرين. (زيلعي)

يحضر بعد انقضاءها[١]، فالظاهر أنه تركها.

قالوا[٢]: هذا كله ديانة، فأما إذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة[٣] ملكها؛ لتحقق الإحياء منه دون الأول[٤]، فصار كالاستيام[٥]، فإنه يكره، ولو فعل يجوز العقد.

ثم التحجير قد يكون بغير الحجر، بأن غرز[٦] حولها أغصانًا يابسة[٧]، أو نقى الأرض[٨]، وأحرق ما فيها من الشوك[٩]، أو خضد[١٠] ما فيها من الحشيش[١١]، أو الشوك وجعلها حولها، وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة[١٢]؛ ليمتنع الناس من الدخول، أو حفر من بئر ذراعًا، أو ذراعين، وفى الأخير ورد الخبر[١٣]، ولو كربها[١٤] وسقاها. فعن محمد أنه إحياء، ولو فعل أحدهما[١٥] يكون تحجيراً، ولو حفر أنهارها، ولم يسقها يكون تحجيراً، وإن كان سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين[١٦]، ولو حوطها[١٧]، أو سنمها[١٨]، بحيث يعصم الماء[١٩] يكون

(١) ثلاث سنين.

(٢) مشايخ.

(٣) ثلاث سنين.

(٤) فإن الاحتجار ليس بإحياء، وإنما هو بمنزلة الاستيام. (غن)

(٥) أى الاستيام على سوم الغير.

(٦) غرز –بالفتح– خلانيدن بسوزن ومثل آن. (تج)

(٧) غصن شاخ درخت.

(٨) تنقية: پاک كردن. (م)

(٩) خار.

(١٠) بريد، أى قطع كما فى قوله تعالى: ﴿فى سدر مخضود﴾. (غن)

(١١) گياه خشک. (م)

(١٢) قوله: "من غير أن يتم [مسناة بند آب. (من) أى بلند نمايد إحاطه خاک را. ترجمه] المسناة" هو ما بنى للسيل ليرد الماء. (عناية)

(١٣) قوله: "وفى الأخير ورد الخبر" قلت: قال السغناقى فى الشرح الأخير: هو حفر البئر، ورد فيه الخبر، وهو قوله عليه السلام: «من حفر من بئر مقدار زراع فهو متحجر»، وهذا الحديث ما رأيته ولا أعرفه ولم أر من ذكره. (تخريج الزيلعى)

(١٤) كرب –بالفتح– شوريدن خاك براى كاشتن. (م)

(١٥) الكراب والسقى.

(١٦) فأشبه الكراب والسقى. (غن)

(١٧) أى جعلها ذا حائط، تحويط ديوار ساختن. (من)

إحياء؛ لأنه من جملة البناء(١)، وكذا إذا بذرها(٢).

قال(٣): ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر(٤)، ويترك مرعى(٥) لأهل القرية ومطرحًا لحصائدهم(٦)؛ لتحقق حاجتهم إليها حقيقة(٧)، أو دلالةً على ما بيناه(٨)، فلا يكون(٩) مواتًا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر، وعلى هذا قالوا(١٠): لا يجوز أن يقطع الإمام(١١) ما لا غنى بالمسلمين عنه، كالملح(١٢) والآبار التى يستقى(١٣) الناس منها؛ لما ذكرنا(١٤).

قال(١٥): ومن حفر بئرًا فى برية(١٦)، فله حريمها(١٧)، ومعناه إذا حفر فى أرض

---

(١٨) قوله: "أو سنمها [أى جعل لها السنام مأخوذ من سنام البعير]" أراد بالتسنيم جعل المسناة. (غن)

قوله: "أو سنمها" خر پشته وكوهاندار كردن چيزى را، فى منتهى الأرب سنم القبر خرب پشته كرد قبر را، خلاف تسطيح.

(١٩) قوله: "بحيث يعصم الماء" أى يحفظ عن السيلان إلى غيرها. (عينى)

(١) فيكون إحياء

(٢) بذر -بالفتح- تخم كاشتن. (م)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) آباد. (م)

(٥) چراگاه.

(٦) قوله: "لحصائدهم الحصائد" جمع حصيد وحصيدة، وهى الزرع المحصود، ومطرح الحصائد: هو الموضع الذى يلقى فيه الزرع المحصود للكدس. (غن)

(٧) عند محمد.

(٨) قوله: "على ما بيناه [عند أبى يوسف]" إشارة إلى ما ذكره فيما مر، بقوله: والبعد عن القرية على ما قاله: شرطه أبو يوسف؛ لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع، ارتفاق أهلها عنه، فيدار الحكم عليه، ومحمد اعتبر ارتفاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة، وإن كان قريبًا من القرية. (نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار)

(٩) ما قرب من العامر.

(١٠) قوله: "وعلى هذا [أى على تعلق الحق] إلخ" استدل ما افتقر إليه الناس، كالملح والآبار التى يسقى الناس منها، لا يجوز قطع منفعتهم بالإقطاع من أحد، فكذا لا يجوز احياء ما تعلق به حق العامة، كما فى النهر والطريق. (ت)

(١١) قوله: "لا يجوز أن يقطع [عطا كند] الإقطاع فى الأصل: بخشيدن كسى را پاره از زمين خراج، يقال: أقطعه قطيعة] إلخ" أى ليس للإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه، يعنى إذا كانت أجمة، أو غيضة، أو بحر يشربون منه، ومملحة لأهل البلدة، فليس للإمام أن يقطع ذلك لأحد، يقال: أقطعه السلطان أرضًا كذا، أى أعطاها ليحييها. (عن)

(١٢) أى كمعادن الملح.

(١٣) استقاء بر كشيدن آب از چاه. (من)

(١٤) إشارة إلى قوله: لتحقق حاجتهم إليها. (ع)

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٦) منسوب إلى البر، وجمعه البرارى. (عظمى)

موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه، و بغير إذنه عندهما ؛ لأن حفر البئر إحياء[١].
قال[٢]: فإن كانت للعطن[٣]، فحريمها أربعون ذراعًا[٤] ؛ لقوله عليه السلام[٥]: «من حفر بئرًا فله مما حولها أربعون ذراعًا عطنًا[٦] لماشيته»*، ثم قيل: أربعون من كل الجوانب[٧]، والصحيح أنه من كل جانب[٨]؛ لأن في الأراضي رخوة، ويتحول الماء إلى ما حفر دونها[٩]، وإن كانت للناضح[١٠]، فحريمها ستون ذراعًا[١١]، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة أربعون ذراعًا.
لهما قوله عليه السلام: «حريم العين[١٢] خمس مائة ذراع[١٣] وحريم بئر العطن

---

(١٧) گردا گرد خانه وچاه وجز آن. (م) حتى لا يكون لآخر أن يحفر في حريمها بئرًا، أو يحدث شيئًا. (غن)

(١) قوله: "لأن حفر البئر إحياء" لأنه يصير منتفعا به، فإذا كان إحياء فقد ملكها، ومن ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته، والحريم من ضرورات الانتفاع بالبئر فيملكه. (عيني)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "فإن كانت [البئر] للعطن إلخ" وهي التي ينزح الماء منها باليد، والعطن مناخ الإبل ومبركها حول الماء، وبئر الناضح هي التي ينزح الماء منها بالبعير، والناضح هو البعير، كذا في "الكفاية"، وفي "شرح الوقاية": بئر العطن البئر التي يناخ الإبل حولها ويسقى، وبئر الناضح البئر التي يستخرج ماءها بالبعير ونحوه. (مل)

(٤) قوله: "فحريمها إلخ" بئر العطن هي بئر الماشية التي يستقى الرجل منها للماشية، ولا يستقى منها الزرع، وكل بئر يستقى منها الزرع بالإبل فهي بئر الناضح. (عيني)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام" أخرجه ابن ماجة عن عبد الله بن معقل أن النبي ﷺ قال: «من حفر بئرًا فله أربعون ذراعًا عطنًا لماشيته»، وروى أحمد في "مسنده" عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «حريم البئر أربعون ذراعًا من جوانبها كلها لإعطان الإبل والغنم». (ت)

(٦) عطن: خوابگاه شتر گرد حوض وآرامگاه گوسفند وبز نزديک آب. (م) ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصًا، وإنما هو بيان الحاجة إلى الأربعين. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٩١، والدراية ج٢ ص٢٤٥، الحديث ٩٨٥. (نعيم)

(٧) قوله: "أربعون من كل الجوانب" يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع، بظاهر قوله عليه السلام، من حفر بئرًا إلخ" فإنه بظاهره لجميع الجوانب الأربع، والصحيح أنه من كل جانب؛ لأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الأولى، كيلا يحفر أحد في حريمه بئرًا أخرى، فيتحول إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من جانب بيقين، فإن الأراضي تختلف بالصلابة والرخاوة، وفي أربعين ذراعًا من كل جانب بيقين يندفع الضرر. (ع)

(٨) أي أربعون ذراعًا من كل جانب، إلا أن يتجاوز الحبل أربعين، فيكون له إلى ما يتناهى إليه الحبل. (طحاوي)

(٩) أي دون أربعين ذراعًا من كل جانب.

(١٠) هو البعير الذي يسقى عليه. (غن)

(١١) من كل جانب من جوانبها إلا أن يكون الحبل يتجاوز الستين، فيكون له إلى منتهى حبلها. (طحاوي)

(١٢) چشمه.

(١٣) قلت: غريب. (ت)

أربعون ذراعًا وحريم بئر الناضح ستون ذراعًا[١]»*، ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء[٢]، وقد يطول الرشاء[٣] وبئر العطن للاستقاء منه بيده، فقلت الحاجة[٤]، فلا بد من التفاوت[٥]، وله ما روينا[٦] من غير فصل[٧]، والعام المتفق على قبوله[٨] والعمل به أولى عنده[٩] من الخاص المختلف في قبوله والعمل به. ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم[١٠]؛ لأن عمله[١١] في موضع الحفر والاستحقاق به[١٢]، ففيما اتفق[١٣] عليه الحديثان تركناه، وفيما تعارضا فيه حفظناه[١٤]؛ ولأنه قد يستقى من العطن بالناضح[١٥]، ومن بئر الناضح باليد[١٦]،

---

(١) هذا رواه بتمامه أبو يوسف في "كتاب الخراج" عن الزهري مرفوعًا.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٢، والدراية ج٢ ص٢٤٥، الحديث ٩٨٦. (نعيم)

(٢) بر كشيدن آب از چاه.

(٣) الحبل.

(٤) في بئر العطن.

(٥) بين بئرى العطن والناضح.

(٦) أي قوله عليه السلام: «من حفر بئرًا» إلخ. (ك)

(٧) أي بين بئر العطن وبئر الناضح.. (ك)

(٨) قوله: "والعام المتفق إلخ" أراد بالعام المتفق من حفر بئرًا إلخ" وأراد بالخاص المختلف حريم العين إلخ، فإن قلت ليس الحديث السابق عاما، فإنه مقيد ومخصوص بالعطن، قلت: إنما قلنا: إنه عام؛ لأن قوله من حفر بئرًا ليس بمقيد ببئر دون بئر، فيشمل بئر الناضح و بئر العطن جميعًا، فيكون قوله:فله مما حولها إلخ، جزاء وحكما لحفر البئر مطلقًا أية بئر كانت. فثبت هذا الحكم في بئر الناضح، كما يثبت في بئر العطن عملا بعمومه، أما قوله: عطنًا لماشيته ليس بتقييد؛ لأنه إنما ذكر بيانًا لما يصلح له حريم البئر في غالب الأحوال وهو قوله مبركًا ومناخًا، للماشية، وحريم بئر الناضح أيضًا يصلح مبركًا للماشية. (غن)

(٩) قوله: "أولى عنده" [إمام أعظم] ولهذا رجح قوله عليه السلام: «ما أخرجت الأرض ففيه العشر» على قوله عليه السلام: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»، وعلى قوله: «ليس في الخضروات صدقة»، كذا في "الكفاية".

ولقائل أن يقول: إن هذا الدليل منقوض بما إذا كانت البئر عينًا، فإن حريمها خمسمائة ذراع إجماعًا كما يأتي مع أن ما رواه من قوله عليه السلام: «من حفر بئرا» إلخ لا يفصل، والعام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف فيه فيلزم أن يكون حريمها أيضًا أربعون ذراعًا عنده، كذا في نتائج الأفكار. (مل)

(١٠) قوله: "ولأن القياس إلخ" مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر تساقطا فيما تعارضا فيه، وهو ما وراء الأربعين، حفظنا القياس فيه. (نت)

(١١) أي عمل صاحب البئر.

(١٢) ففي موضع الحفر استحقاقه. (ع) أي استحقاق الحريم حاصل بالعمل.

(١٣) وهو الأربعون. (ك)

(١٤) قوله: "وفيما تعارضا [أي على سبيل التنزل] فيه" وهو ما وراء الأربعين؛ لأن العام ينفيه، والخاص يثبته، وإنما

فاستوت الحاجة فيهما، ويمكنه أن يدير البعير[١] حول البئر، فلا يحتاج إلى زيادة مسافة.

قال[٢]: وإن كانت عينًا فحريمها خمس مائة ذراع[٣]؛ لما روينا[٤]؛ ولأن الحاجة فيه[٥] إلى زيادة مسافة؛ لأن العين تستخرج للزراعة، فلا بد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء، ومن موضع يجرى فيه إلى الزراعة، فلهذا يقدر بالزيادة، والتقدير بخمسمائة بالتوقيف[٦]، والأصح أنه خمس مائة ذراع[٧] من كل جانب، كما ذكرنا فى العطن.

والذراع هو المكسرة[٨]، وقد بيناه من قبل[٩]، وقيل: إن التقدير فى العين

قلنا ذلك؛ لأن للعام موجبين: أحدهما: أن يكون الحريم أربعين.

والثانى: أن لا يكون زائدا حيث ذكر بكلمة من، وهى للتبعيض والتمييز يمتنع عليه الزيادة. (ك)

قوله: "وفيما أى فيما فيه الاختلاف فى الأحاديث، فإن دفع أنه كيف التعارض، فإن الأول متفق على قبوله، والثانى مختلف فيه، فترجح الأول، والتعارض يقتضى المساواة. (مل)

(١٥) قوله: "ولأن [جواب عما قالا: أى ينزح الماء، فبئر الناضح والعطن من المعنى كبئر واحدة. غن] إلخ" أقول: هذا التعليل ضعيف جدا؛ لأنهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن ما يسقى منه باليد، ومن بئر الناضح ما يسقى منه بالبعير، فكيف يتم أن يقال: قد يسقى من بئر العطن بالناضح، ومن بئر الناضح باليد، ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال: فاستوت الحاجة فيهما. (نت)

(١٦) قوله: "ومن البئر الناضح إلخ" عندهم بئر الناضح أن يشد الحبل فى وسط البئر، ويشد الدلو فى الطرف الآخر من الحبل، ثم يساق، فإذا ساق مقدار الحبل يقع الدلو فى رأس البئر، فيؤخذ الماء، فإذا كان بئر الناضح عندهم على هذا التفسير يمكنه نزح الماء باليد، ويمكن فى العطن الناضح أيضًا، فاستويا. (عينى)

(١) جواب عما قالا.

(٢) أى فى "مختصر القدورى". (غن)

(٣) قوله: "وإن كانت عينًا [چشمه] إلخ" من حفر عينًا فى أرض موات، وملكها بما يملك به مما ذكرنا، فله حريمها، وهو خمسمائة ذراع من كل جانب من جوانبها. (مختصر طحاوى)

(٤) وهو قوله عليه السلام: «حريم العين خمس مائة ذراع». (ك)

(٥) أى فى حريم العين.

(٦) على السماع من الشارع ﷺ.

(٧) أى اختلف المشايخ أنها من كل الجوانب أو من كل جانب، كما اختلفوا فى حريم البئر، والصحيح أنها من كل جانب. (غن)

(٨) قوله: "هو المكسرة" فى المغرب الذراع هو المكسرة ست قبضات، وهى ذراع العامة، وهى ذراع الكرباس، وهو أقصر من ذراع المساحة التى هى ذراع الملك؛ لأن ذراع المساحة سبع قبضات مع رفع الإبهام فى كل مرة، والقبضة أربعة أصابع، والإصبع ست شعيرات، بطون بعضها ملاصقة بظهور بعض.

والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون، وإنما وصفت بالمكسرة؛ لأنها نقصت من ذراع الملك بقبضة، وهو بعض الأكاسرة لا الكسرى الأخير، وهذا هو اختيار خواهر زاده، وبعضهم اختاروا ذراع المساحة؛ لأنها اليق بالممسوحات. (مل)

(٩) قوله: "وقد بيناه من قبل" قال بعض الشارحين: أى بين الوجه فى أن خمس مائة يعتبر من كل جانب؛ لأنه لم

والبئر بما ذكرناه[١] في أراضيهم لصلابة بها، وفي أراضينا رخاوة فيزداد[٢]، كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول.

قال[٣]: فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه[٤]؛ كيلا يؤدي إلى تفويت حقه، والإخلال به، وهذا[٥] لأنه[٦] بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به، فليس لغيره أن يتصرف في ملكه. فإن احتفر آخر بئراً في حد حريم الأولى للأول[٧] أن يصلحه[٨] ويكبسه[٩] تبرعًا، ولو أراد أخذ الثاني فيه، قيل: له أن يأخذه بكبسه[١٠]؛ لأن إزالة جناية حفره به[١١]، كما في الكُناسة[١٢] يُلقيها[١٣] في دار غيره، فإنه[١٤] يؤخذ برفعها، وقيل: يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه، كما إذا هدم جدار غيره[١٥]، وهذا هو الصحيح[١٦]، ذكره في "أدب القاضي" للخصاف.

يذكر بيان الذراع المكسرة فيما تقدم، قلت: لا نسلم أنه لم يذكرها؛ لأنه ذكر ذراع الكرباس، وهي الذراع المكسرة في كتاب الطهارة في باب الماء الذي يجوز به الوضوء، واختيارها توسعة الأمر على الناس؛ لأنها أقصر. (غن)

(١) أي بالأربعين في البئر والخمس مائة في العين. (غن)

(٢) قوله: "فيزداد [أي على الأربعين وخمس مائة إذا احتيج إلى ذلك. غن] إلخ" أقول: فيه إشكال؛ إذ المقادير مما لا مدخل للرأي فيه أصلا، وإنما مداره النص من الشارع، كما صرحوا عليه، واتفقوا عليه، والذي ثبت في البعض فيما نحن فيه ما ذكر، وما قيل: لا غير، فيصير الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير، وهو لا يجوز، فليتأمل في الدفع. (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار)

(٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "في حريمها" أي في حريم العين التي أحياها الأول، أو في حريم البئر التي أحياها، منع الثاني منه؛ لأنه ربما يذهب ماء البئر الأولى، أو ينقص، ففي الأول فوات حقه، وفي الثاني الإخلال بحقه، وكلاهما لا يجوز؛ لأن فيه ضررا به. (غن)

(٥) المنع.

(٦) أي الحافر.

(٧) أي حافر العين.

(٨) قوله: "أن يصلحه ويكبسه" من باب أعجبني زيد وكرمه، فيكون العطف للتفسير، فإن الإصلاح بالكبس. (ع)

(٩) كبس بخاک اپناشتن چاه وجوی. (م).

(١٠) قوله: "له أن يأخذه بكبسه" أي يأمر الثاني بكبس البئر التي حفرها. (عيني)

(١١) أي بالكبس.

(١٢) بالضم: آنچه بجاروب رفته باشند. (م)

(١٣) تعديا. (غن)

(١٤) أي الملقي.

(١٥) قوله: "إذا هدم إلخ" حيث يضمنه نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه. (ع)

(١٦) أي القول الأخير.

وذكر طريق معرفة النقصان[١]، وما عطب[٢] في الأولى[٣]، فلا ضمان فيه؛ لأنه[٤] غير معتد إن كان[٥] بإذن الإمام فظاهر، وكذا إن كان[٦] بغير إذنه[٧] عندهما، والعذر لأبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيراً[٨]، وهو[٩] بسبيل منه بغير إذن الإمام، وإن[١٠] كان لا يملكه بدونه[١١].

وما عطب في الثانية ففيه الضمان[١٢]، لأنه معتد فيه[١٣] حيث حفر في ملك غيره[١٤]، وإن حفر الثاني[١٥] بئراً وراء[١٦] حريم الأولى، فذهب ماء البئر[١٧] الأولى

(١) قوله: ذكر [الخصاف] طريق معرفة النقصان" وهو أن يقوم الأولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن النقصان بينهما. (ع)

(٢) عطوب: هلاك شدن.

(٣) قوله: "وما عطب [عطوب: هلاك شدن. م] إلخ" أي لا ضمان فيما عطب من البئر الأولى، سواء أحياها بإذن الإمام، أو بغير إذنه جميعاً، وهذا لا يشكل على قولهما؛ لأن له أن يحفره بدون إذن الإمام، ولهذا يملك البئر في الحالتين، فإذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا، فلا يضمن ما تولد من حفره، كما لو حفره في داره، وكذالك لا إشكال على قول أبي حنيفة، إن كان حفره بإذن الإمام، فأما إذا كان حفرها بلا إذن الإمام بقي إشكال على قوله.

وحله أن يقال له: ولاية التحجير بلا إذن الإمام، وإن لم يكن له الإحياء بغير إذنه، فيجعل حفره بغير إذن الإمام تحجيراً لا إحياء، فإذا كان كذلك فقد فعل ما له فعله، فلا يكون متعديا فلا يضمن. (غن)

(٤) الحافر.

(٥) الحفر.

(٦) الحفر.

(٧) الإمام.

(٨) قوله: "أنه يجعل إلخ" يعني يجعل الحفر التام بغيرإذن الإمام بمنزلة من حفر بئراً نحو ذراع بإذنه، وثم يكون ذلك تحجيراً، ولم يثبت له الملك بذلك القدر، وكذلك الحفر التام بدون إذن الإمام؛ لأن في الحفر التام وإن وجدت العلة لكن الشرط وهو إذن الإمام لم يوجد، فلم يعمل العلة عملها، فلا يثبت الملك، فيبقى تحجيراً، وبالتحجير لا يكون متعديا، فلا يضمن بالاتفاق. (ك)

(٩) الحافر.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) أي بدون إذن الإمام.

(١٢) على الثاني.

(١٣) أي في الحفر.

(١٤) قوله: "حيث حفر إلخ" أقول: في التعليل قصور؛ لأنه لا يتمشى فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبي حنيفة، فإنه يجعل الحفر هناك تحجيراً، كما مر آنفاً.

وبمجرد التحجير لا يعتبر البئر الأولى، ولا حريمها ملكًا للمحجر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال: إن الثاني حفر في ملك غيره، فالأولى في التعليل أن يقال: لأنه متعد فيه، حيث حفر في حق غيره، إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير، كما يثبت بالإحياء.ولهذا لايقدر الإمام أن يأخذها من يد المحجر، ويدفعها إلى غيره، إذا إذا حجر أرضاً، ولم يعمرها ثلاث سنين، كما مر، فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضاً على أصل أئمتنا الثلاثة جميعاً. (نت)

فلا شيء عليه؛ لأنه غير معتد في حفرها[1]، وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول[2] لسبق ملك الحافر الأول فيه[3].

والقناة[4] لها حريم بقدر ما يصلحها، وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم، وقيل: هو عندهما، وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض؛ لأنه نهر في التحقيق، فيعتبر بالنهر الظاهر، قالوا: وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فواره[5]، فيقدر حريمه بخمس مائة ذراع.

والشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضًا[6]، حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرًا في حريمها؛ لأنه يحتاج إلى حريم له، يجد[7] فيه ثمره، ويضعه فيه، وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب، به ورد الحديث[8].

---

(١٥) هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعًا. (غن)

(١٦) أي خارج.

(١٧) وعرف أن ذهاب ذلك من حفر الثاني. (كف)

(١) قوله: "لأنه [أي الحافر الثاني] غير معتد [والماء تحت الأرض غير مملوك لأحد فلا يكون له المخاصمة بسببه. زيلعي] إلخ" لأن له أن يحفر بئرًا خارج حريم الأول، والحافر سبب، فإذا لم يكن متعديا في التسبيب لا يكون عليه ضمان. (غن)

(٢) الذي هو حريم البئر الأول. (غن)

(٣) أي في الجانب الأول.

(٤) قوله: "والقناة [القناة مجرى الماء تحت الأرض. ع] إلخ" ذكرها تفريعًا، وهي من مسائل الأصل، يعني إذا خرج قناة في أرض موات، فهي بمنزلة البئر، فلها من الحريم ما للبئر، كذا قال في "الأصل"، ولم يزد هذا، وقال في الشامل: القناة لها حريم مفوض إلى رأي الإمام؛ لأنه لا نص في الشرع، وقال المشايخ: هذا الذي ذكره في "الأصل" قولهما، عند أبي حنيفة لا حريم لها إلخ.

وقال أبو يوسف في "كتاب الخراج": واجعل للقناة من الحريم ما لم يسنح على وجه الأرض مثل ما جعل على الأرض بالآبار، فإذا ظهر الماء وسنح على وجه الأرض، جعلت حريمه كحريم النهر. (غن)

قوله: "والقناة" قال شارح المواقف: إن لم يجعل مسيل فهو البئر، وإن جعل فهو القناة، ونسبته إلى الآبار كنسبة العيون السيالة إلى الراكدة، وفي شرح النصاب القناة كأريز، وكاريز آنرا گويند كه بزير زمين آب پوشيده بجاى ازجاى رود، وفي البرهان القاطع كاريز جوى آبى را گويند، كه در زير زمين بكنند، تا آب ازان روان شود. (مل)

(٥) بسيار جوش زننده.

(٦) قوله: "والشجرة إلخ" ذكرها تفريعًا على مسألة المختصر، قال شيخ الإسلام خواهر زاده في "شرح كتاب الشرب": لم يذكره محمد في الكتاب، أي في "الأصل". (غن)

(٧) الجد: بريدن خرما از خرما بن. (من) الجد في الأصل: القطع، ومنه جد النخل أي قطع ثمره جدادًا. (مغرب)

(٨) قوله: "به ورد الحديث [روى أبو داود في "سننه" في آخر الأقضية: «أنه عليه السلام جعل حريم الشجر خمسة أذرع»]" فإن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة، فجاء آخر، فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته، فشكا صاحب الشجرة الأولى إلى النبي ﷺ، فجعل له النبي ﷺ من الحريم خمسة أذرع، وأطلق الآخر فيما وراء ذلك، وهذا

قال[١]: وما ترك الفرات[٢]، أو الدجلة[٣] وعدل[٤] عنه الماء، ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه؛ لحاجة العامة إلى كونه نهراً[٥]، وإن كان لا يجوز أن يعود إليه، فهو كالموات[٦] إذا لم يكن حريماً لعامر؛ لأنه ليس فى ملك أحد؛ لأن قهر الماء يدفع قهر غيره[٧]، وهو اليوم[٨] في يد الإمام.

قال[٩]: ومن كان له نهر[١٠] فى أرض غيره، فليس له حريم عند أبى حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك[١١].

وقالا: له مُسَنّاة النهر[١٢] يمشى عليها ويلقى عليها طينه[١٣]، قيل: هذه المسألة بناء على أن من حفر نهراً فى أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده،

حديث صحيح مشهور، كذا فى "مبسوط شيخ الإسلام". (ك)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى نهر الكوفة.

(٣) نهر البغداد.

(٤) أى ميل كرد وبرگشت.

(٥) قوله: "لحاجة العامة إليه" لأن الفرات والدجلة ملك لجماعة المسلمين، فإذا جاز عود الماء إليه لم ينقطع الحكم الأول، وكان الماء لم يذهب عنه. (غن)

(٦) فقد صار ذلك الموضع كسائر الأراضى التى لا ينتفع بها، وليس لها مالك معين، فهو موات يقف إحياءها على إذن الإمام وعلى أن لا يكون بقرب العامر. (غن)

(٧) قوله: "لأن قهر [غلبة] الماء إلخ" الإحياء شرطه أن يكون الأرض فى قهر الإمام، فإذا عدل عنه ولم يجز عوده فات قهر الماء، فصار فى قهر الإمام، فيجوز إحياءه إذا لم يكن حريما بعامر. (ك)

(٨) بعد عدول الماء.

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) أى له نهر وفى جوانبه أرض غيره.

(١١) قوله: "إلا أن يقيم بينة [أى على أن الحريم ملكه والمسناة له] إلخ" قال فى شرح الطحاوى: ولو أن نهرا لرجل، وأرضاً على شط النهر لرجل آخر، فتنازعا فى المسناة، فإن كان بين الأرضين وبين النهر حائل كالحائط ونحوه كان المسناة لصاحب النهر بالإجماع، وإن لم يكن بينهما حائل.

قال أبو حنيفة: هى لصاحب الأرض، ولصاحب النهر فيها حق تسييل الماء، حتى إن صاحب الأرض إذا أراد رفعها كان لصاحب النهر منعه عن ذلك، ولصاحب الأرض أن يغرس فيها؛ لأن الملك له، وليس لصاحب النهر منعه عن ذلك.

وقال صاحباه: المسناة ملك لصاحب النهر، وقال شيخ الإسلام خواهر زاده فى شرح فى كتاب الشرب: وإنما يظهر ثمرة الخلاف، فى أن الغرس والزراعة لمن يكون، فعلى قول أبى حنيفة: لرب الأرض، وعلى قولهما لصاحب النهر. (غن)

(١٢) قوله: "وقالا له إلخ" ذكر فى "كشف الغوامض": أن الاختلاف فى نهر كبير لا يحتاج إلى كريه فى كل حين، أما الأنهار الصغار التى يحتاج إلى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق، هكذا ذكر فى "النهاية"، وظاهر كلام المصنف ينافيه. (ع)

(١٣) عند الكرخى. (زيلعى)

وعندهما يستحقه[١]؛ لأن النهر لا ينتفع به[٢] إلا بالحريم لحاجته إلى المشى[٣] لتسييل الماء، ولا يمكنه المشى عادة فى بطن النهر، وإلى إلقاء الطين، ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج، فيكون له الحريم، اعتباراً بالبئر[٤].

وله أن القياس يأباه[٥] على ما ذكرناه[٦]، وفى البئر عرفناه بالأثر[٧]، والحاجة إلى الحريم[٨] فيه[٩] فوقها إليه[١٠] فى النهر؛ لأن الانتفاع بالماء فى النهر ممكن[١١] بدون الحريم[١٢]، ولا يمكن[١٣] فى البئر إلا بالاستقاء[١٤]، ولا استقاء إلا بالحريم، فتعذر الإلحاق[١٥].

ووجه البناء[١٦] أن باستحقاق الحريم[١٧] تثبت اليد عليه اعتباراً تبعاً للنهر،

(١) قوله: "وعندهما يستحقه" فيثبت له الحريم كالبئر، ثم لم يذكر قدر الحريم على قولهما فى الأصل، بل قالا: له من الحريم قدر ما لا يستغنى عنه النهر، وكذلك لم يقدر فى "الجامع الصغير" أيضاً، وقال خواهر زاده فى "مبسوطه": قالوا: قد ذكر فى "النوادر" فى تقدير الحريم خلاف بينهما، فعلى قول محمد: يمسح بطن النهر، ثم يجعل من كل جانب نصف بطن أرض النهر، وقال أبو يوسف: من كل جانب مقدار بطن النهر، وذكر أبو الليث الخلاف بخلاف هذا. (غن)

(٢) قوله: "لا ينتفع [فالظاهر شاهد لصاحب النهر. غن] إلخ" لأن قوام النهر بالحافتين، وصاحب النهر لا يستمسك الماء إلا بهما، فكان هو المستعمل لهما، فكان أولى. (غن)

(٣) قوله: "لحاجته إلخ" أى صاحب نهر محتاج است باينكه مشى كند بر كناره آن براى روان كردن آب وقتيكه بند شود بسبب چيزى. (ترجمه)

(٤) قوله: "اعتباراً بالبئر" يعنى بجامع الاحتباس، فإن استحقاق الحريم للحاجة، فهى موجودة فى النهر، كهى فى البئر والعين، فتعدى الحكم منها إليه. (ع)

(٥) أى ثبوت الحريم.

(٦) قوله: "على ما ذكرناه [أى فى بئر الناضح]" وهو قوله: لأن القياس يأبى استحقاق الحريم؛ لأن عمله فى موضع الحفر أى الاستحقاق بالعمل، وهو الحفر، ولا عمل فى غير موضع الحفر فلا يستحق. (ك)

(٧) قوله: "عرفناه بالأثر [الذى تقدم]" فكان الحكم معدولا به عن القياس فى الأصل، فلا يصح تعديته. (ع)

(٨) جواب عن قولهما: بأن صاحب النهر يحتاج إلى الحريم.

(٩) أى فى البئر.

(١٠) الحريم.

(١١) ويمكنه نقل التراب إلى الموضع آخر، ويمكنه المرور فى النهر. (غن)

(١٢) قوله: "ممكن" غير أنه يلحقه بعض الحرج فى نقل الطين، والمشى فى وسطه. (عينى)

(١٣) الانتفاع.

(١٤) آب بر كشيدن ازچاه.

(١٥) قوله: "فتعذر الإلحاق [أى إلحاق النهر بالبئر]" إذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الأصل، ألا ترى أن من بنى قصرا فى الصحراء لا يستحق لذلك حريماً، وإن كان يحتاج إليه، لا لقاء الكناسة؛ لأنه يمكنه الانتفاع بدون الحريم، فلا يقاس على البئر. (زيلعى)

(١٦) قوله: "ووجه البناء إلخ" أى وجه بناء مسألة المختصر على مسألة من حفر نهرا على المذهبين، أن باستحقاق

والقول لصاحب اليد[١]، وبعدم استحقاقه تنعدم[٢] اليد، والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى[٣].

وإن كانت مسألة مبتدأة[٤]، فلهما أن الحريم فى يد صاحب النهر، باستمساكه الماء به[٥]، ولهذا[٦] لا يملك صاحب الأرض نقضه، وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى، أما صورة فلاستواءهما[٧]، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس[٨] والزراعة.

والظاهر شاهد لمن فى يده[٩] ما هو أشبه به، كاثنين تنازعا فى مصراع[١٠] باب ليس فى يدهما[١١]، والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى فى يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه، والقضاء فى موضع الخلاف[١٢] قضاء ترك[١٣].

الحريم يثبت اليد لصاحب النهر عليه عندهما اعتباراً لا حقيقة، كما يثبت اليد على النهر حقيقة، والقول فى المنازعة لصاحب اليد، وعند أبى حنيفة لما لم يثبت استحقاق الحريم لا يثبت اليد أيضاً عليه، فكان الظاهر شاهدا لصاحب الأرض، فالقول لمن يشهد له الظاهر. (ع)

(١٧) أى عندهما.

(١) أى عند أبى حنيفة.

(٢) فيقيم البينة على الحريم.

(٣) وهو قوله: إنه أشبه بالأرض صورة ومعنى. (ك)

(٤) قوله: "وإن كانت مسألة إلخ" هذا إشارة إلى قول أهل التحقيق من مشايخنا حيث قالوا: هذه مسألة ابتدائية، لا بناء على مسألة من حفر نهرا فى أرض موات؛ لأن ثمه للنهر حريما بالاتفاق، وإنما الخلاف ههنا فيما إذا يعرف أن المسناة فى يد من هى. (غن)

(٥) قوله: "باستمساكه الماء إلخ" أى لاستمساك الماء فى النهر، وإلقاء الطين عليه، والاستعمال يد، فباعتبار أنه فى يده جعل القول قوله، كما لو تنازعا فى ثوب واحد هما لابسه. (كف)

(٦) لكون الحريم لصاحب النهر

(٧) قوله: "فلاستواءهما [أى لاستواء الحريم والأرض. (غن) بخلاف النهر. كف]" يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم يكن المسناة مرتفعة على الأرض، وأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهو لصاحب النهر؛ لأن الظاهر ارتفاعه لإلقاء طينه. (ع)

(٨) بالفتح: درخت نشاندن. (م)

(٩) وهو صاحب الأرض.

(١٠) پله دروازه.

(١١) ذلك المصراع.

(١٢) أى فى مسألة من كان له نهر فى أرض غيره. (ع)

(١٣) قوله: "قضاء ترك" يعنى ليس قضاء ملك واستحقاق، فالمراد بقضاء الترك أن يترك فى يد صاحب الأرض عنده، وفى يد صاحب النهر عندهما، فعنده لو أقام صاحب النهر على الحريم، والمسناة بينة، يقضى له بها، فلو كان القضاء قضاء ملك، واستحقاق لم يقض له؛ لأن المقضى عليه فى حادثة لا يكون مقضيا له فى تلك الحالة أبداً. (مل)

ولا نزاع فيما به استمساك الماء[١]، إنما النزاع فيما وراءه مما[٢] يصلح للغرس، على أنه إن كان[٣] مستمسكًا به ماء نهره، فالآخر[٤] دافع به الماء عن أرضه[٥].

والمانع[٦] من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل، ولآخر عليه جذوع لا يتمكن[٧] من نقضه، وإن[٨] كان ملكه.

وفي "الجامع الصغير"[٩]: نهر لرجل إلى جنبه مسناة، ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها، وليست المسناة في يد أحدهما[١٠]، فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة، وقالا: هي لصاحب النهر حريمًا لملقى طينه وغير ذلك. وقوله: وليست المسناة[١١] في يد أحدهما، معناه ليس لأحدهما عليه[١٢] غرس[١٣]، ولا طين ملقى، فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف[١٤]، أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك[١٥]، فصاحب الشغل أولى[١٦]؛ لأنه صاحب يد. ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه، فهو من مواضع الخلاف أيضًا[١٧]، وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده[١٨]، وعندهما لصاحب النهر، وأما إلقاء الطين فقد قيل: إنه على

---

(١) قوله: "ولا نزاع إلخ" جواب عن قولهما: إن الحريم في يد صاحب النهر بإمساك الماء. (ع)

(٢) بيان ما.

(٣) صاحب النهر.

(٤) أي صاحب الأرض.

(٥) قوله: "فالآخر دافع إلخ" فاستويا من هذا الوجه، وترجح صاحب الأرض بما ذكره. (زيلعي)

(٦) جواب عن قولهما: ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه. (ع)

(٧) ذلك الرجل، رعاية لصاحب الجذوع. (كفاية)

(٨) الواو وصليه.

(٩) قوله: وفي الجامع الصغير إلخ" إنما أورد رواية الجامع الصغيرلينكشف موضع الخلاف، أي أن الخلاف فيما إذا لم يكن الحريم في يد أحد. (ك)

(١٠) أي صاحب النهر وصاحب الأرض.

(١١) بند آب.

(١٢) أي على المسناة بتأويل الحريم. (ع)

(١٣) درخت در زمين نشانده شد.

(١٤) قوله: "موضع الخلاف" وهو أن يكون الحريم موازيا للأرض، لا فاصل بينهما، وأن لا يكون مشغولا بحق أحدهما. (كف)

(١٥) أي الغرس، أو الطين الملقى.

(١٦) بالاتفاق. (ك)

(١٧) قوله: "فهو من مواضع الخلاف [بين الإمام وصاحبيه] إلخ" فعنده الأشجار لرب الأرض، وعندهما لرب النهر. (كف)

(١٨) قوله: "إن ولاية إلخ"فإنه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرف النهر لصاحب الأرض،

الخلاف[1]، وقيل[2]: إن لصاحب النهر ذلك[3] ما لم يفحش. وأما المرور فقد قيل: يمنع صاحب النهر عنده، وقيل[4]: لا يمنع للضرورة، قال الفقيه أبو جعفر[5]: آخذ بقوله في الغرس[6]، وبقولهما: في إلقاء الطين. ثم عن أبي يوسف أن حريمه[7] مقدار نصف بطن النهر[8] من كل جانب، وعن محمد[9] مقدار بطن النهر من كل جانب، وهذا[10] أرفق بالناس[11].

فصول في مسائل الشرب[12]

فصل في المياه[13]:

وإذا كان لرجل نهر أو بئر، أو قناة، فليس له أن يمنع شيئًا من الشفة[14]، والشفة

ولصاحب النهر حريم عندهما، ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده، ولصاحب النهر عندهما، إذ لا شك أن ولاية الغرس في موضع لمن يستحق ذلك الموضع. (نت)

(١) أي عنده لا يلقى صاحب النهر الطين على الحريم، وعندهما هما يلقى.

(٢) وهو الصحيح. (كف)

(٣) قوله: "إن لصاحب إلخ" فالحريم لأيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور وإلقاء الطين، ولا يغرس إلا المالك؛ لأنه يبطل حقه. (زيلعي)

(٤) وهوالأشبه.

(٥) الهندواني.

(٦) قوله: "آخذ بقوله إلخ" أي آخذ بالقولين جميعًا آخذ بقول أبي حنيفة في أن الملك لصاحب الأرض، وآخذ بقولهما في أن لصاحب النهر إلقاء طينه على الحافتين، ولصاحب الأرض أن يغرس ما لا يمنع إلقاء الطين على الحافتين، كذا ذكر الفقيه أبو الليث. (غن)

(٧) أي النهر.

(٨) وهو اختيار الطحاوي.

(٩) وهو اختيار الكرخي. (زيلعي)

(١٠) أي قول محمد.

(١١) أي أرباب النهر.

(١٢) قوله: "الشرب" في "المغرب": الشرب بالكسر النصيب من الماء، وفي الشريعة: عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع والدواب.

قال الإمام نجم الدين: وبضم الشين فعل الشارب وهو المصدر من حد علم، وبفتحها المصدر أيضًا، ويكون جمع شارب أيضًا، كالصاحب والصحب. (منافع)

(١٣) قوله: "فصل في المياه" مسائل هذه الفصول كلها من ههنا إلى كتاب الأشربة ليست بمذكورة في البداية؛ لأنها ليست في "الجامع الصغير" و "مختصر القدوري"، وإنما ذكرها شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" في شرح "كتاب الشرب".

ثم لما ذكر إحياء الموات ذكر عقيبها مسائل الشرب؛ لأن الإنسان إذا أحيى مواتًا احتاج لا محالة إلى الماء، فذكر الشرب وهو النصيب من الماء بهذا، وقدم فصل الماء على فصل كرى الأنهار؛ لأن الماء هو الأصل، فقدم لأصالته. (غن)

(١٤) قوله: "الشفة" أصل الشفة شفهه، ولهذا تقول في تصغيرها: شفيهة، وفي جمعها شفاه، والتصغير والتكسير

الشرب لبنى آدم والبهائم.

اعلم أن المياه أنواع: منها ماء البحار(١)، ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة، وسقى الأراضى، حتى إن من أراد أن يكرى(٢) نهراً منها إلى أرضه، لم يمنع من ذلك، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع(٣) بالشمس والقمر والهواء، فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء.

والثانى ماء الأودية العظام(٤)، كجيحون وسيحون(٥) ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقى الأراضى، بأن أحيى واحد أرضًا ميتة، وكرى منه نهرا ليسقيها، إن كان(٦) لا يضر بالعامة، ولا يكون النهر فى ملك أحد؛ لأنها(٧) مباحة فى الأصل، إذ قهر الماء يدفع قهر غيره(٨).

يردان الأشياء إلى أصولها، وحذفت الهاء تخفيفا، يقال: هم أهل الشفة، أى لهم حق الشرب بشفاءهم وأن يسقوا بماءهم. (غن)

(١) بحر: جوى بزرگ ودرياى شور. (غن)

(٢) أى يحفر.

(٣) قوله: "كالانتفاع إلخ" لأن هذا الماء ليس لأحد فيه حق على الخصوص، فإن ذلك الموضع غير داخل تحت قهر أحد؛ لأن قهر الماء يمنع قهر غيره. (ك)

(٤) قوله: "ماء الأودية [وادى رود]" هى جمع الوادى على غير القياس، وأصل التركيب يدل على الجرى، والخروج فسمى الوادى به؛ لأن الماء يدى فيه أى يجرى ويسيل، فكان فيه إطلاق اسم الحال على المحل، كذا فى الصحاح وغيره. (ك)

(٥) قوله: "كجيحون وسيحون إلخ" فى الكفاية أن جيحون نهر خوارزم، وسيحرن نهرالترك، ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد، والفرات نهر الكوفة، وقال العلى القارى فى شرح "المشكاة": إن سيحون نهر الهند وجيحون نهر بلخ، كذا قال القرطبى فى تفسيره عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه.

وقال النووى: إن سيحان وجيحان غير سيحون وجيحون، واتفقوا على أن جيحون بالواو نهر خراسان، وقيل: سيحون نهر بالهند. وفى "صحيح مسلم": عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «سيحان وجيحان والفرات والنيل كل منهما أنهار الجنة»، والنيل نهر مصر، وإنما جعل الأنهار الأربعة من أنهار الجنة لما فيها من العلوبة والهضم، ولتضمنها البركة الآلهية وتشرفها بورود الأنبياء عليها وشربهم عنها.

وقال القاضى عياض: معنى كون هذه الأنهار من الجنة أن الإيمان عم ببلادها، وإن الأجسام المتغذية بماءها صائرة إلى الجنة، والأصح أنها على ظاهرها، وأن لها مادة من الجنة مخلوقة؛ لأنها موجودة اليوم عند أهل السنة، وفى الخبر عن كعب الأحبار رضى الله تعالى عنه نهر إلنيل نهر العسل ونهر دجلة نهر اللبن ونهر الفرات نهر الخمر ونهر سيحان نهر الماء فى الجنة. وقال الشيخ محى الدين بن العربى فى "الفتوحات" فى الباب الثانى وثلاث مائة من "الفتوحات المكية": فأهل الكشف يرون نهر النيل والفرات وسيحان وجيحان نهر عسل وماء خمر ولبن، كما هو فى الجنة، فإن النبى ﷺ أخبر أن هذه الأنهار من الجنة، ومن لم يكشف الله عن بصره، وبقى فى عمى حجابه لا يدرك ذلك، كذا فى "سبحة المرجان". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٦) أى كرى النهر.

(٧) الأودية.

(٨) قوله: "يدفع قهر إلخ" فلا يكون محرزًا، والملك بالإحراز، وإذا لم يكن مملوكًا لأحد كان لكل أحد أن ينتفع به. (ت)

وإن كان[١] يضر بالعامة، فليس له ذلك؛ لأن دفع الضرر عنهم واجب، وذلك[٢] في أن يميل الماء إلى هذا الجانب، إذا انكسرت ضفته[٣]، فيغرق القرى والأراضي، وعلى هذا[٤] نصب الرحى[٥] عليه[٦]؛ لأن شق النهر للرحى كشقه للسقي به، والثالث إذا دخل الماء في المقاسم[٧]، فحق الشفة ثابت[٨].

والأصل فيه[٩] قوله عليه السلام[١٠]: «الناس شركاء في ثلاث في الماء[١١]

---

(١) أي كرى النهر.

(٢) أي الضرر.

(٣) قوله: "إذا انكسرت ضفته [ضفة -بالكسر وتشديد الفاء- كناره جو وكناره دريا. م]" أي ضفة النهر وهي حافته، ورواها صاحب "المغرب" -بكسر الضاد وفتحها- جميعاً، وفي الديوان بالكسر جانب النهر، وبالفتح جماعة الناس. (غن)

(٤) يعني إذا كان لايضر بالناس العامة جاز، وإلا فلا. (غن)

(٥) آسيا. (م)

(٦) نهر.

(٧) أي دخل في قسمة قوم يقسمه الإمام فيما بينهم. (غن)

(٨) قوله: "فحق الشفة إلخ" فالناس شركاء في حق الشفة بسقي أنفسهم ودوابهم في ذلك، وإن نفد الماء كله وليس لأهله أن يمنعوا أحداً من الشفة. (ك)

(٩) أي في ثبوت حق الشفة.

(١٠) قوله: " قوله عليه السلام" أخرجه أبو داود في "سننه" في البيوع وابن ماجة في "سننه" في الأحكام. (ت)

(١١) قوله: "في الماء" يريد به الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والأنهار، والمراد بالشركة شركة الإباحة لا شركة ملك، فمن سبق في أخذ شيء من ذلك في وعاء أو غيره، وأحرزه فهو أحق به، وهو ملك له دون ما سواه، فخرج من أن يكون مباحا كالصيد إذا أحرز، فلا يجوز لأحد أن ينتفع به إلا بإذنه.

وشرط الجواز الانتفاع به أن لا يضر بالعامة بأن يميله بالكرى، أو نصب الرحى، فليس له ذلك؛ لأن الانتفاع بالمباح لا يجوز، إلا إذا كان لا يضر لأحد، كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، كذا قال الزيلعي والإتقاني. (مل)

قوله: "في الماء إلخ" قلت: روي من حديث رجل، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث ابن عمر، فحديث الرجل ، أخرجه أبو داود في سننه في البيوع عن جرير بن عثمان عن حبان عن رجل من الصحابة قال: غزوت مع رسول الله ﷺ، فسمعته يقول: «المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار».

ورواه أحمد في "مسنده"، وابن أبي شيبة في "مصنفه" في الأقضية، وأسند ابن عدي في الكامل عن أحمد وابن معين أنهما قالا في جرير: ثقة، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة أبي داود، وقال: لا أعلم روى عن حبان الأجرير بن عثمان، وقد قيل: فيه مجهول، وقال البيهقي في "المعرفة": وأصحاب النبي ﷺ كلهم ثقات، وترك ذكر أسمائهم في الإسناد، لا يضر إن لم يعارضه ما هو أصح منه.

وأما حديث ابن عباس فأخرجه ابن ماجة في "سننه" عن عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلاء والنار».

وقال عبد الحق في أحكامه: قال البخاري: عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب منكر الحديث، وضعفه أيضاً أبو زرعة، وقال فيه: أبو حاتم ذاهب الحديث، وأقره ابن القطان عليه.

وأما حديث ابن عمر فرواه الطبراني في "معجمه" حدثنا الحسين بن إسحاق التستري حدثنا يحيى الحماني حدثنا قيس بن الربيع عن زيد عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار».

والكلأ[١] والنار[٢]»*، وأنه ينتظم الشِرب[٣]، والشـرب خص منه الأول[٤]، وبقى الثاني، وهو الشفة، ولأن البئر ونحوها[٥] ما[٦] وضع للإحراز، ولا يملك

---

(١) قوله: "والكلأ" أما الشركة في الكلأ: فعلى أوجه: بعضها أعم من بعض، فالأعم منها أن يكون الحشيش في أراضي لا تكون مملوكة لأحد يكون الناس في ذلك شركاء في الرعي والاحتشاش، ليس لأحد أن يمنع إنسانًا من ذلك، وهي كالشركة في ماء البحار.

وشركة أخرى أخص من هذه، هو أن يكون الكلأ في أرض مملوكة نبت بنفسه، لا بإنبات صاحب الأرض، فلا يملك صاحبه بكونه في أرضه، بل للناس فيه شركة حتى لو أخذه إنسان وقطعه وأحرزه، صار ملكا له.

إلا أن لصاحب الأرض أن يمنعه من الدخول في أرضه لأجل الكلأ، فإن كان يجد المريد الكلأ في موضع آخر غير مملوك لأحد قريب من ذلك الأرض، يقال له: خذ من ذلك، وإن لم يجد، يقال لصاحب الأرض: إما أن تعطيه بيدك، أو ائذن له حتى يأخذ حقه.

وأما الحشيش الذي أنبته صاحب الأرض، بأن سقى أرضه و كربها، فأنبت الحشيش فيها لدوابه، فهو أحق بذلك، وليس لأحد أن ينتفع به إلا برضاه؛ لأنه حصل بكسبه، والكسب للمكتسب.

والشجر إذا نبت في أرض إنسان، يكون لصاحب الأرض، والشجر ما له ساق نحو السوس والشوك والحشيش ما لا ساق له إذا نبت، بل ينبسط على وجه الأرض كالإذخر ونحوه، كذا في "غاية البيان" و"الكفاية". (مل)

قوله: "والكلأ" قال الخطابي: معناه الكلأ الذي نبت في موات الأرض يرعاه الناس، ليس لأحد أن يختص به دون أحد، ويحجزه عن غيره، قال: وقوله: «والنار»، فسره بعض أهل العلم بالحجارة التي توقد النار، يقول: لا يمنع أحد أن يأخذ منها حجرا يوقد به النار.

فأما التي يوقدها الإنسان، فله أن يمنع غيره من أخذها، وقال بعضهم: له أن يمنع من يريد أن يأخذ منها جذوة من الحطب الذي قد احترق، فصار حجرا، وليس له أن يمنع من أراد أن يستصبح فيها مصباحا، أو أدنى منها يشتغل بها؛ لأن ذلك لا ينقص من عينها شيئًا.

وقال في "النهاية": أراد بالكلأ المباح الذي لا يختص بشيء، وبالماء ماء العيون والأنهار التي لا مالك لها، وأراد بالنار الشجر الذي يحتطبه الناس من المباح فيوقدونه، وذهب بعضهم إلى أن الماء لا يملك، ولا يصح بيعه مطلقًا، وذهب آخرون إلى العمل بظاهر الحديث، والصحيح هو الأول. (مرقاة الصعود إلى سنن أبي داود للسيوطي)

(٢) قوله: "والنار" أما الشركة في النار فهو أن الرجل إذا أوقد نارًا في مفازة، فإن هذه النار تكون مشتركًا بينه وبين الناس أجمع، حتى لو جاء إنسان وأراد أن يستضئ بضوء هذه النار، أو أراد أن يخيط ثوبًا له حول النار، أو يصطلي بها في زمان البرد، أو أن يتخذ منه سراجًا، ليس لمن أوقد النار أن يمنع الغير من ذلك، إلا أن يكون أوقد النار في موضع مملوك له، فإن له أن يمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار.

وإذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر، فليس له ذلك؛ لأنه ملك صاحبه؛ لأن ذلك حطب أو فحم، أحرزه الذي أوقد النار، فإن أخذ من ذلك الجمر نظر، فإن كان ذلك مما له قيمة إذا جعله صاحبه فحمًا، كان له أن يسترده منه، وإن لم يكن له قيمة لم يكن له أن يسترده؛ لأن الناس لا يمنعون هذا القدر عادة، والمانع يكون متعنتًا، والمتعنت ممنوع شرعًا من التعنت، كذا في "العناية" و"الكفاية" و"غاية البيان". (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٤، والدراية ج٢ص٢٤٦، الحديث٩٨٧. (نعيم)

(٣) هو نصيب من الماء، وفي الشريعة: هو نوبة الماء سقيًا للمزارع. (ع)

(٤) قوله: "خص [لوجود الضرر] منه الأول [أي الشرب -بالكسر-]" أي الشرب بالإجماع؛ لأنه يجوز بيعه تبعًا للأرض بالاتفاق، ومقصودًا في رواية. (ك)

(٥) كالحوض.

المباح بدونه كالظبى[١] إذا تكنس[٢] فى أرضه.

ولأن فى إبقاء الشفة ضرورة؛ لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء[٣] إلى كل مكان[٤]، وهو[٥] محتاج إليه لنفسه وظهره[٦]، فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم[٧]، فإن أراد رجل أن يسقى بذلك[٨] أرضًا أحياها، كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه، أضر بهم أو لم يضر؛ لأنه حق خالص لهم، ولا ضرورة، ولأنا لو أبحناذلك لانقطعت منفعة الشرب.

والرابع: الماء المحرز فى الأوانى، وأنه صار مملوكًا له بالإحراز، وانقطع حق غيره عنه[٩]، كما فى الصيد المأخوذ[١٠]، إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرًا إلى الدليل، وهو ما رويناه[١١]، حتى لو سرقه إنسان فى موضع يعز وجوده[١٢]، وهو[١٣] يساوى نصابًا[١٤] لم تقطع يده[١٥].

---

(٦) نافية.

(١) فهو لمن أخذه.

(٢) كناس -بالكسر- خوابگاهی آهو. (صراح) أى دخل فى الكناس.

(٣) من وطنه لذهابه ويابه.

(٤) قوله: "لأن الإنسان إلخ" يعنى أن الإنسان قد يحتاج إلى المشقة فى الجهاد والحج والتجارة، ولا يمكنه أن يحمل مع نفسه ما يحتاج إليه لنفسه ولدوابه كما يمكنه حمل الطعام مع نفسه، فلو لم يثبت له حق الشفة من كل ماء يرد عليه انقطع الإسفار، وتعطل الحج والجهاد، وهذا لا وجه به. (غن)

(٥) الواو حالية.

(٦) أى مركبه. (غن)

(٧) وهو مدفوع.

(٨) أى بالماء الذى دخل فى القسمة.

(٩) حق الشفة كان أو غيره.

(١٠) فهو لمن أخذه.

(١١) وهو قوله عليه السلام: «الناس شركاء فى الثلاث» إلخ الحديث. (ع)

(١٢) عزيز وأرجمند وكمياب باشد.

والواو حلية.

(١٤) أى نصاب السرقة.

(١٥) قوله: "لم تقطع [لشبه الشركة] يده إلخ" فإن قلت: فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع السارق نظرا إلى قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما فى الأرض جميعًا﴾ قلت: مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد، كما فى قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ وقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ ولا تجوز الزائد على الأربع، فكذا معنى الآية -والله أعلم- خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده، لا كل الأشياء، وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما. (تاج الشريعة)

ولو كان البئر أو العين، أو الحوض، أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه، إذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء فى غير ملك أحد، وإن كان لا يجد[١]، يقال لصاحب النهر[٢]: إما أن تعطيه الشفة، أو تتركه، يأخذه بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته[٣]، وهذا مروى عن الطحاوى.

وقيل: ما قاله[٤]: صحيح فيما إذا احتفر فى أرض مملوكة له، أما إذا احتفرها[٥] فى أرض موات، ليس له أن يمنعه؛ لأن الموات كان مشتركًا، والحفر لإحياء حق مشترك[٦]، فلا يقطع الشركة فى الشفة، ولو منعه عن ذلك[٧]، وهو[٨] يخاف على نفسه، أو ظهره[٩] العطش، له أن يقاتله بالسلاح؛ لأنه[١٠] قصد إتلافه بمنع حقه، وهو[١١] الشفة، والماء فى البئر مباح غير مملوك.

بخلاف الماء المحرز فى الإناء[١٢]، حيث يقاتله[١٣] بغير السلاح[١٤]؛ لأنه قد

(١) ماء آخر.

(٢) قوله: "يقال إلخ" لأن له حق الشفة فى الماء الذى فى حوضه عند الحاجة. (كف)

(٣) أى جانبه.

(٤) أى الطحاوى.

(٥) أى البئر وغيرها.

(٦) وهو العشر والخراج. (ك)

(٧) قوله: "ولو منعه إلخ" أى لو منعه صاحب النهر، أو العين، أو الحوض، أو البئر الذى فى ملكه عن الدخول فيه، وهو يخاف العطش يقاتل بالسلاح إذا لم يجد ماء آخر فى قريب منه؛ لأن الماء فى النهر والعين لم يصر ملكًا لمالكها؛ لأنه لم يوجد منه إحراز، فبقى مشتركًا بين الناس.

فإذا منع غيره من الاستقاء منه منع حقه، من منع حقا مستحقًا لغيره كان لصاحب الحق أن يقاتل المانع لحقه بالسلاح؛ ليصل إلى حقه، كما لو منع طعامًا مشتركا بينه وبين المانع كان له أن يقاتل المانع بالسلاح، والأصل فى ذلك ما روى عن النبى ﷺ: «أنه من قتل دون ماله فهو شهيد». (غن)

(٨) الواو حالية.

(٩) أى مركبه.

(١٠) المانع.

(١١) حق.

(١٢) قوله: "بخلاف الماء المحرز إلخ" أى إذا منع ماء محرزا، بأن أحرزه فى قربة أو جب ونحوه، حتى انقطع شركة الغير عنه، وكان المريد للماء مضطرا إلى ذلك، فإنه يقاتله بما دون السلاح، ولا يقاتله بالسلاح؛ لأنه لم يمنع حقه؛ لأنه انقطعت الشركة بالإحراز، وإنما منع ملكه.

ومن منع ملكه عن المضطر كان للمضطر أن يقاتله بما دون السلاح من العصا وغير ذلك، كما لو منع طعاما مملوكًا له من المضطر، وهذا؛ لأنه لم يمنع ملك غيره عنه، وإنما ترك إحياء نفس، وهو قادر على إحيائها.

ومن ترك إحياء نفس قدر على إحيائها كان مرتكبا معصية، ومن ارتكب معصية، فالسبيل أن ينهى عن ذلك بالقول، فإذا لم ينته بالقول، يقاتل بما دون السلاح، ولا يقاتل بالسلاح؛ لأن قتل النفس بغير حق من أكبر الكبائر. (غن)

ملكه، وكذا الطعام(١) عند إصابة المخمصة، وقيل: في البئر ونحوها(٢) الأولى أن يقاتله بغير سلاح بعصاً(٣)؛ لأنه(٤) ارتكب معصية، فقام ذلك(٥) مقام التعزير له.

والشفة(٦) إذا كان يأتي على الماء كله(٧)، بأن كان(٨) جدولا صغيراً(٩)، وفيما يرد من الإبل، والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها، قيل: لا يمنع منه؛ لأن الإبل لا يردها في كل وقت(١٠)، فصار كالمياومة، وهو سبيل في قسمة الشرب، وقيل: له أن يمنع(١١) اعتباراً بسقي المزارع والمشاجر(١٢).

والجامع(١٣) تفويت حقه، ولهم(١٤) أن يأخذوا الماء منه(١٥) للوضوء وغسل الثياب في الصحيح(١٦)؛ لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه، كما قيل(١٧) يؤدي إلى

---

(١٣) إذا كان فيه فضل عن حاجته. (زيلعي)

(١٤) بنحو العصا.

(١) أي يقاتل مانعه بغير السلاح.

(٢) كالحوض والنهر.

(٣) قوله: "الأولى أن إلخ" فيه إشارة إلى أنه يجوز أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله، فيكون موافقًا؛ لما ذكره. (زيلعي)

(٤) أي مانع الماء.

(٥) أي المقاتلة بغير السلاح.

(٦) أي شرب الناس والمواشي إذا كان يفنى الماء ويستأصله، بأن كان إلخ. (غن)

(٧) أي ينعدم ويهلك الماء كله.

(٨) الماء.

(٩) جوى خرد. (م)

(١٠) قوله: "في كل وقت [أي يوم]" ففي اليوم الذي لا يرد الإبل يكون الماء لصاحب الجدول، ويصير ذلك كالمياومة فيما بينه وبين صاحب الشفة، وقت لصاحب الإبل ووقت لصاحب الجدول، وهذا هو السبيل في الماء المشترك، إذا كان لا يصل إلى كل واحد منهم حقه، فيجعل بينهم بالنوبة. (غن)

(١١) أي يمنع منه كما يمنع من سقي المزارع والمشاجر. (غن)

(١٢) مشجر بالفتح روئيدن گاه درخت. (من)

(١٣) بين المقيس والمقيس عليه.

(١٤) أي لأهل الشفعة.

(١٥) أي من الجدول الصغير. (غ)

(١٦) قوله: "في الصحيح [عند بعضهم يتوضأ في النهر، ويغسل الثياب فيه. ك]" إشارة إلى اختلاف المشايخ، فإن منهم من قال: لا يجوز أن يأخذوا الماء منه للوضوء، والغسل للثياب؛ لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير، والصحيح جوازه، دفعا للحرج. (عناية)

(١٧) أي في الجدول الصغير.

الحرج، وهو[١] مدفوع.

وإن أراد أن يسقى شجراً، أو خضراً[٢] فى داره حملا بجراره[٣] له ذلك فى الأصح[٤]؛ لأن الناس يتوسعون فيه، ويعدون المنع من الدناءة، وليس له أن يسقى أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته إلا بإذنه نصاً[٥].

وله[٦] أن يمنع من ذلك[٧]؛ لأن الماء متى دخل فى المقاسم[٨] انقطعت شركة الشرب[٩] بواحدة[١٠]؛ لأن فى إبقاءه قطع شرب صاحبه[١١]؛ ولأن المسيل حق صاحب النهر، والضفة تعلق بها حقه، فلا يمكنه التسييل فيه[١٢]، ولا شق الضفة، فإن أذن له صاحبه[١٣] فى ذلك[١٤] أو أعاره، فلا بأس به؛ لأنه حقه، فتجرى فيه الإباحة كالماء المحرز فى إناءه[١٥].

فصل فى كرى الأنهار[١٦]

قال رضى الله تعالى عنه[١٧]: الأنهار ثلاثة: نهر غير مملوك لأحد[١٨]، ولم

---

(١) حرج.

(٢) سبزه زاد كوچك. (ترجمه) تراه سبز وجاى سبزه ناک. (من)

(٣) جره سبوى.

(٤) قوله: "له ذلك فى الأصح" احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ، أنهم قالوا: ليس له ذلك، إلا بإذن صاحب النهر. (ع)

(٥) أى صراحة.

(٦) أى لذى النهر وغيره.

(٧) أى من سقى أرضه ونخله. (ع)

(٨) أى دخل فى قسمة رجل بعينه فى المقاسم أى كان الماء مقسوماً بين قوم.

(٩) قوله: "انقطعت إلخ" أى بالقسمة انقطت الشركة فى الشرب، وإنما بقيت فى حق الشفة لا غير، وهو يأخذ الماء للشرب، لا للشفة فليس له ذلك. (غن)

(١٠) أى بالكلية.

(١١) أى صاحب النهر وغيره.

(١٢) قوله: "فلا يمكنه إلخ" أى لا يمكن غير صاحب النهر التسييل فى ذلك المسيل. (غن)

(١٣) أى صاحب النهر وغيره.

(١٤) أى سقى الأرض والشجر.

(١٥) فإنه تجرى فيه الإباحة.

(١٦) قوله: "فصل فى كرى [الكرى الحفر. ع] الأنهار" لما ذكر مسائل الشرب شرع فى كرى الأنهار؛ لأنه ربما يحتاج من له الشرب إلى الكرى، فشرع ببيان أن مؤنة الكرى على من يكون فى النهر، فبين أنواع النهر أولا، ثم بين كريه على ما يجب، وأخر هذا الفصل؛ لأن وجوب الكرى أمر زائد، إذ يوجد النهر، ولا يجب الكرى على المنتفعين به، كما فى النهر العام. (غن)

(١٧) أى قال المصنف.

يدخل ماءه في المقاسم بعد[١]، كالفرات ونحوه[٢]، ونهر مملوك دخل ماءه تحت القمسة، إلا أنه عام[٣].

ونهر مملوك دخل ماءه في القسمة، وهو خاص[٤]، والفاصل بينهما[٥] استحقاق الشفعة[٦] به[٧] وعدمه[٨].

فالأول[٩]: كريه على السلطان من بيت مال المسلمين؛ لأن منفعة الكرى لهم[١٠]، فتكون مؤنته عليهم، ويصرف إليه[١١] من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات، لأن الثاني[١٢] للفقراء، والأول[١٣] للنوائب[١٤].

---

(١٨) وهو عام من كل وجه. (ك)

(١) قوله: "ولم يدخل ماءه إلخ" أي لا يقسم ماءه، ولا يمكن ذلك كجيحون والفرات ونحوه، فإنه لا يمكن قسمة ماءه بأن يكون يومًا لقوم، ويومًا لآخرين. (ك)

(٢) مثل جيحون وغيره من الأنهار العظام.

(٣) أي من وجه وخاص من وجه. (ك)

(٤) قوله: "وهو خاص [من كل وجه]" تكلموا في النهر الخاص، قال بعضهم: إن كان النهر لعشرة فما دونها، أو عليه قرية واحدة يعني ماءه فيها، فهو خاص يستحق به الشفعة، وإن كان النهر لما فوق العشرة، فهو عام، وقال بعضهم: إن كان النهر لما دون الأربعين، فهو نهر خاص، وإن كان لأربعين فهو نهر عام.

وقال بعضهم: جعلوا الحد الفاصل في المائة، وبعضهم في الألف، وأصح ما قيل فيه: إنه يفوض إلى رأي المجتهد، حتى يختار من الأقاويل أي أي قول شاء، كذا في "فتاوى قاضي خان".

وقيل: الخاص ما لا يجري فيه السفن، وما يجري فيه، فهو عام، وعن أبي يوسف الخاص أن يكون نهرًا ليسقى منه قراحان أو ثلاثة، وما وراء ذلك، فهو عام. (ك)

(٥) أي بين العام والخاص من كل وجه.

(٦) قوله: "استحقاق الشفعة [أي ما يستحق صاحبه به الشفة، فهو خاص، وما لا يستحق به الشفعة، فهو عام. كف] إلخ" فالخاص من النهر ما لو بيعت أرض على هذا النهر كان لجميع أهل النهر حق الشفعة، فيحتاج إلى أن يذكر الحد الفاصل بين الشركة العامة والخاصة في الشفعة. (غن)

(٧) الضمير في "به" راجع إلى النهر. (غن)

(٨) قوله: "وعدمه" قال في كتاب الشفعة: الشرب الخاص أن يكون نهرًا لا يجري فيه السفن، وما يجري فيه السفن، فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعن أبي يوسف أن الشرب الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان، أو ثلاثة، وما زاد على ذلك، فهو عام.

(٩) أي النهر الذي هو غير مملوك لأحد. (غن)

(١٠) أي للمسلمين.

(١١) أي إلى كريه.

(١٢) أي العشور والصدقات.

(١٣) أي الخراج والجزية.

(١٤) نائبة مضيبت وكار دشوار، نوائب جمع أي نوائب المسلمين، وقد مر ذكر النوائب في كتاب الكفالة.

فإن لم يكن في بيت المال شيء[(١)]، فالإمام يجبر الناس على كريه[(٢)] إحياء لمصلحة العامة، إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم، وفي مثله[(٣)] قال عمر رضي الله تعالى عنه[(٤)]: "لو تركتم[(٥)] لبعتم أولادكم"*، إلا أنه[(٦)] يخرج له[(٧)] من كان[(٨)] يطيقه[(٩)]، ويجعل مؤنته[(١٠)] على المياسير[(١١)] الذين لا يطيقونه[(١٢)] بأنفسهم. وأما الثاني[(١٣)]: فكريه على أهله، لا على بيت المال؛ لأن الحق لهم، والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص، ومن أبى[(١٤)] منهم يجبر على كريه دفعًا للضرر العام[(١٥)]، وهو ضرر بقية الشركاء، وضررًا لآبي خاص[(١٦)]، ويقابله عوض، فلا يعارض به[(١٧)].

---

(١) أي مال. (غن)

(٢) إذا احتيج إلى الكرى. (غن)

(٣) قوله: "وفي مثله" أي روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه أخبر في مثل هذا، فكلموه في ذلك، فقال: "لو تركتم لبعتم" إلخ. (غن)

(٤) قلت: غريب.

(٥) أي ما كلفتم.

* راجع أثر عمر رضي الله عنه في نصب الراية ج ٤ ص٢٩٤ تحت الحديث الخامس في فصل في كرى الأنهار، والدراية ج٢ ص٢٤٦ تحت الحديث٩٨٧. (نعيم)

(٦) الإمام

(٧) أي للكرى.

(٨) أي الكرى.

(٩) أي الذي يقدر على العمل.

(١٠) قوله: "ويجعل [الإمام] مؤنة إلخ" كما يفعل في تجهيز الجيوش؛ لأنه يخرج من كان يطيق القتال، ويجعل مؤنته على الأغنياء، كذا ههنا. (ك)

(١١) جمع موسر كمحسن: توانگر وفراخ دست. (غن)

(١٢) أي الكرى.

(١٣) أي النهر المملوك الذي دخل في القسمة، وهو عام. (غن)

(١٤) أي من الكرى. (غن)

(١٥) قوله: "دفعًا للضرر إلخ" لأنهم يتضررون لولم يجبر الآبي لأنهم يحتاجون إلى كرى نصيبه، ولا يقال: إذا أجبر يلحق الضرر بالأبي أيضًا حيث يحتاج إلى إنفاق مال في كرى نصيبه؛ لأنا نقول: ضرر العامة أعلى من ضرر الآبي، فيحتمل الضرر الأدنى؛لدفع الضرر الأعلى؛ ولأن ضرر الآبي بعوض، وهو سقيه أرض نفسه، وضررالعامة لا عوض له، فلا يستوي الضرران، وهذا معنى قوله: فلا يعارض به، أي فلا يعارض الضرر العام بالضررالخاص، بل يغلب جانب الضرر العام. (غن)

(١٦) في الجبر.

(١٧) قوله: "فلا يعارض به" أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص، بل يغلب جانب الضرر العام، فيجعل

ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق[١]، وفيه[٢] ضرر عام كغرق الأراضى وفساد الطرق، يجبر الابى[٣]، وإلا فلا[٤]، لأنه موهوم، بخلاف الكرى[٥] لأنه معلوم. وأما الثالث: وهو الخاص من كل وجه، فكريه على أهله؛ لما بينا[٦]، ثم قيل: يجبر الآبى[٧]، كما فى الثانى، وقيل[٨]: لا يُجبر؛ لأن كل واحد من الضررين خاص[٩]، ويمكن دفعه[١٠] عنهم بالرجوع[١١] على الآبى بما أنفقوا فيه، إذا كان[١٢] بأمر القاضى، فاستوت[١٣] الجنبتان، بخلاف ما تقدم[١٤].

ولا يجبر لحق الشفة[١٥]، كما إذا امتنعوا جميعًا[١٦]، ومؤنة كرى النهر المشترك

ضرراً، ويجب السعى فى إعدامه، وإن بقى الضرر الخاص مع أن ذلك الضرر فى الخاص مجبور بعوض يقابله، وهو حصته من الشرب. (ك)

(١) انفجار، انبثق: دريد بند آب. (غن)

(٢) الواو حالية.

(٣) أى عن تحصين النهر.

(٤) أى وإن لم يكن فيه ضرر عام.

(٥) أى لا يشبه التحصين الكرى؛ لأنه معلوم، فيجبر الآبى لا محالة. (غن)

(٦) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن الحق لهم، والمنفعة تعود إليهم إلخ. (عناية)

(٧) قوله: "يجبر الآبى [القائل: أبو بكر الإسكاف] إلخ" فإنه توجه ههنا ضرران: ضرر الآبى وهو إنفاق الملك فى كرى نصيبه، حتى تمكنوا من سقى أراضيهم.

وضرر الآبى بعوض، فإنه يسقى أرضه، وضرر أصحابه بغير عوض، ولا شك أن ما كان من الضرر بغير عوض أكبر الضررين، فيجب دفعه؛ لتحمل الضرر الأدنى، كما فى الآبى عن كرى النهر العام. (غن)

(٨) قوله: "وقيل: لا يُجبر [وبه أخذ. عن]" وهو قول أبى بكر بن سعيد البلخى، كذا فى "فتاوى قاضى خان". (ك)

(٩) قوله: "لأن كلّ واحد من الضررين [أى ضرر الآبى وضرر غيره من الشركاء] إلخ" يعنى أن ضرر الآبى وضرر أصحابه تقابلا واستويا، فيترك ما كان على ما كان؛ لما تعذر دفع أحدهما بالآخر، كما فى الحائط بين اثنين إذا تهدم أو انهدم علو وسفل، فأراد أحد أن يبنى وأبى الآخر، لا يجبر الآبى، ويقال للآخر: أين أنت إن شئت.

وإنما قلنا: باستواء الضررين؛ لأن كل واحد بعوض، أما عوض ضرر الآبى إذا أجبر على الكرى فظاهر، وأما عوض ضرر أصحابه، فلأنهم يمكنهم أن يرفعوا الأمر إلى القاضى، حتى يأذن لهم فى حفر نصيبه من الشرب يستوفوا من نصيب الآبى من الشرب قدر ما يبلغ قيمته ما أنفقوا من نصيبه، فإذا استوى الضرران، وجب ترك ماكان. (غن)

(١٠) ضرر.

(١١) بقدر حصة الآبى.

(١٢) الإنفاق.

(١٣) فى الخصوص.

(١٤) قوله: "بخلاف ما تقدم [وهو الإجبار فى النهر الثانى]" أى بخلاف الآبى فى كرى النهر المملوك العام، حيث يجبر الآبى على الكرى؛ لأن الضررين ما استويا، بل ضرر الشركاء أكثر الضررين على ما بينا. (غن)

(١٥) قوله: "ولا جبر [دفع دخل، هذا هو ظاهر المذهب، وقال بعض المتأخرين: يجبر الإمام على الكرى؛ لحق الشفة

عليهم من أعلاه[١]، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه[٢]، وهذا عند أبي حنيفة[٣].

وقالا: هي عليهم جميعًا[٤] من أوله[٥] إلى آخره[٦] بحصص الشرب والأرضين؛ لأن لصاحب الأعلى حقًا في الأسفل؛ لاحتياجه إلى تسييل[٧] ما فضل

في النهر، كذا في "الكفاية"] "سوال درينجا نيز مجتمع است در ضرر كه يكي ازان ضرر عام است، وآن ضرر كسانيكه حق آنها خوردن آب است، پس بايد كه جبر كرده شود برآنكه ابا كند از كندن نهر خاص، نيز بجهت دفع ضرر عام جواب جبر نيست بجهت حق خوردن آب، چنانچه اگر بمه باز مانند جبر نمى كنند حاكم برآنها. (ترجمه)

(١٦) قوله: "كما إذا امتنعوا جميعًا" أي لو امتنعوا جميعًا عن الكرى لا يجبرون على الكرى لحق أصحاب الشفة. (غن)

(١) قوله: "ومؤنة إلخ" وضع المسألة في النهر الخاص، وبيان ذلك ماقال في "التحفة": إن النهر إذاكان بين عشرة، لكل واحد منهم أرض، فإن الكرى من فوهة النهر إلى أن يتجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم، على كل واحد منهم العشر، فإذا تجاوز شرب الأول خرج هو من الكرى، ويكون الكرى على الباقين تسعة أسهم، فإذا جاوز شرب الثاني سقط عنه النفقة، ويكون الكرى على الباقين ثمانية أسهم، وعلى هذا الترتيب، وقالا: المؤنة بينهم على عشرة أسهم من أول النهر إلى آخره. (غن)

قوله: "ومؤنه كرى النهر إلخ" اختلفوا في مؤنة كرى النهر المشترك، هل يجب عليهم جميعًا أم لا، فقال الإمام أبوحنيفة: لا يجب عليهم جميعا، بل تجب المؤنة على من هو في أرضه، فإذا جاوز أرضه، رفع منه مصرف الكرى، واستدل عليه بأن الغرض الأعلى من كرى النهر هو الانتفاع بالسقي، وقد حصل ذلك له، إذا جاوز أرضه، فلا يلزمه إلا ما يتم به غرضه، لا ما يتم به غرض الآخر، فإن تبرع فذلك أمر آخر، وليس بلازم.

وقال أبو يوسف ومحمد: مؤنة كرى المشترك عليهم جميعًا، تقسم عليهم من أوله إلى آخره، بحصص الشرب والأرضين؛ لأن الانتفاع وإن كان يتعلق بأرضه فقط، لكن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل أيضًا؛ لاحتياج صاحب الأعلى إلى تسييل ما فضل من ماءه، فإن الماء إذا فضل وسد أسفله مثلا يقع به الضرر البين، فكان انتفاعه موقوفا عل كرى الموضع الأسفل، فكان عليه كرى الأعلى والأسفل جميعًا.

وقس عليه الأسفل، فإنه إن لم يحصل كرى الأعلى لا يصل إلى أسفله الماء، فيتضرر به، فيكون عليه كرى الأسفل والأعلى جميعًا، وإذا كان هذا هكذا، فيكون مؤنة الكرى منقسمة على صاحب الأعلى والأسفل كلهم على طبق حصصهم؛ لأن انتفاع كل متعلق بانتفاع الآخر، فكان في كرى كل جزء انتفاع كل منهم، فينقسم عليهم.

وأجاب عنه أبو حنيفة بأن صاحب الأعلى لا يتوقف انتفاعه على كرى الأسفل؛ لأنه يمكن أن يسيل ما فضل من ماءه إلى جانب آخر من غير حاجة إلى الأسفل، فيكون كرى الأسفل منحصرا انتفاعه في أصحاب الأسفل، ولا يتوقف غرض صاحب الأعلى عليه، فلا وجه لوجوب مؤنة كريه على صاحب الأعلى نعم مؤنة كرى ما في أرضه واجبة عليه؛ لكون مقصوده لا يحصل إلابه.

وهذا تقرير حسن من جانب الإمام، ولهذا أخذ أكثر الفقهاء بقوله في هذه المسألة: وأفتوا عليه لقوة دليله، فإن الاعتبار في الفتوى في ما لا نقل فيه هو قوة الدليل، فافهم. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(٢) أي مصرف الكرى.

(٣) بقول أبي حنيفة أخذوا بالفتوى. (ك)

(٤) مؤنة الكرى.

(٥) نهر.

(٦) نهر.

(٧) قوله: "لاحتياجه إلى تسييل إلخ" فإنه إذا سد عليه فاض الماء على زرعه، وأفسد زرعه، فتبين أن كل واحد ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره، فلهذا يستوون في استحقاق الشفة، وإذا استووا في الغنم، وجب أن يستووا في الغرم. (ت)

من الماء فيه(١).

وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى(٢)، وقد حصل(٣) لصاحب الأعلى، فلا يلزمه إنفاع غيره(٤)، وليس على صاحب المسيل عمارته(٥)، كما إذا كان له مسيل على سطح غيره، كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده(٦) من أعلاه، ثم إنما يرفع عنه(٧) إذا جاوز أرضه كما ذكرنا(٨).

وقيل: إذا جاوز فوهة(٩) نهره، وهو مروى عن محمد، والأول أصح؛ لأن له رأيا(١٠) في اتخاذ الفوهة من أعلاه(١١) وأسفله(١٢)، فإذا جاوز الكرى أرضه(١٣) حتى سقط عنه مؤنته، قيل: له أن يفتح الماء(١٤)؛ ليسقى أرضه؛ لانتهاء الكرى في حقه، وقيل: ليس له ذلك(١٥) ما لم تفرغ شركاءه، نفيا لاختصاصه(١٦)، وليس على أهل

---

(١) أي في الأعلى.

(٢) قوله: "أن المقصد من الكرى إلخ" يعني أن الكرى إنما يجب لسقى الأرض، ألا ترى أنه إذا كانت الأراضى يمكن سقيها بدون الكرى، لا يجب الكرى، والذى جاوز الكرى أرضه لأمكنه سقى أرضه، ولم يبق له حاجة، فلا يجب الكرى عليه بعد ذلك. (غن)

(٣) انتفاع بالسقى.

(٤) الصواب نفع غيره؛ لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع. (ك)

(٥) قوله: "وليس على صاحب إلخ" أي ليس على من هو في أعلى النهر عمارة أسفل النهر بسبب حق تسييل الماء له، وهذا جواب عن قولهما؛ لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه، قلنا: مع ذلك لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه.

ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره، ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كرى أسفل النهر، بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء، فعرفنا أن الحاجة المعتبرة في إلزام مؤنة الكرى الحاجة إلى سقى الأراضى. (ك)

(٦) نهر.

(٧) الكرى.

(٨) في تقدير المسألة.

(٩) قوله: "إذا جاوز [دهانه من] فوهة" اى هرگاه تجاوز كند كنندن، از دهانه نهر كه مرمر وى راست، پس موزنه كندن ساقط مى شود ازان مرد. (ترجمه)

(١٠) قوله: "لأن له رأيا" [فلعله يبدل الفوهة] اى زيرا چه آن مرد را در تعيين نمودن موضع دهانه از بالاى نهر وپائين نهر اختيار است. (ترجمه)

(١١) نهر.

(١٢) نهر.

(١٣) هذه المسألة فرع مسألة الكرى. (غن)

(١٤) من أصل فوهة النهر.

(١٥) أي فتح الماء.

الشفة من الكرى شيء؛ لأنهم لا يحصون[١]، ولأنهم أتباع[٢].

فصل في الدعوى[٣] والاختلاف والتصرف فيه[٤]

ويصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانًا[٥]؛ لأنه قد يملك بدون الأرض إرثًا[٦]، وقد يبيع الأرض[٧]، ويبقى الشرب، له وهو مرغوب فيه[٨]، فيصح فيه الدعوى، وإذا كان نهر لرجل[٩] يجري في أرض غيره، فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر[١٠] في أرضه ترك على حاله؛ لأنه مستعمل له بإجراء ماءه، فعند الاختلاف يكون القول قوله. فإن لم يكن في يده[١١]، ولم يكن جاريا، فعليه البينة إن

---

(١٦) قوله: "نفيًا لاختصاصه" أي بالانتفاع بالماء دون شركاءه، وللتحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم أن يؤخذ في الكرى من أسفل النهر، أو يترك بعض النهر من أعلاه، حتى يفرغ من أسفله. (كف)

(١) قوله: "لأنهم لا يحصون [فكانوا مجهولين]" ومؤنة الكرى لا يستحق على قوم لا يحصون؛ ولأن أهل الشفة جميع أهل الدنيا، فلا يمكن جمعهم في الكرى. (ك)

(٢) قوله: "ولأنهم أتباع" والمؤنة على الأصول دون الأتباع، ألاترى أن المؤنة في القتيل الموجود في المحلة على أصحاب الخطة، دون المشترين والسكان. (ك)

(٣) قوله: "فصل في الدعوى [أي دعوى الشرب] إلخ" لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب، ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب. (نته)

(٤) أي في الشرب.

(٥) قوله: "استحسانًا" والقياس أن لا يصح؛ لأن المدعي يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك فيما يدعيه، إذا ثبت دعواه بالبينة، والشرب لا يحتمل التمليك بغير أرض، فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين. (نت)

(٦) ووصية.

(٧) بدون الشرب.

(٨) قوله: "وهو مرغوب فيه [ينتفع به]" فإذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة. (زيلعي)

(٩) قوله: "وإذا كان إلخ" أي نهر يجري إلى بستان رجل، أو أرضه يجري في أرض غيره، فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه، أي قال صاحب الأرض: لا أدعك يأيها الرجل! لتجري الماء إلى بستانك، وهذا النهر لي، وليس لك حق فيه، وقال ذلك الرجل: إنه حق لي.

فإن كان النهر يجري وقت المنازعة يقضي بالنهر لذلك الرجل، لا لصاحب الأرض، وليس لصاحب الأرض منعه من الإجراء، وهذا معنى قوله: ترك على حاله؛ لأنه أي لأن ذلك الرجل مستعمل له أي للنهر يسوق الماء إليه بإجراء ماءه، ولا استعمال لصاحب الأرض، وإنما للنهر اتصال بملكه لا غيره.

فمتى تنازعا في شيء أحدهما مستعمل لذلك، والآخر متعلق به، فيقضي بذلك للمستعمل، فإنه صاحب اليد، فعند الاختلاف بين ذلك الرجل وصاحب الأرض يكون القول قوله، أي قول ذلك الرجل، فيترك النهر على حاله، كذا في "غاية البيان" وغيرها. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٠) أي ليس لصاحب الأرض أن يمنع من ذلك. (غ)

(١١) قوله: "فإن لم يكن إلخ" إعلم أن كون أشجار الرجل في جانبي النهر وسائر تصرفاته علامة أن يكون هذا

هذا النهر له، أو أنه قد كان له مجراه[1] في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها، فيقضى له[2]؛ لإثباته بالحجة ملكًا له، أو حقًا مستحقًا فيه، وعلى هذا المصب[3] في نهر، أو على سطح[4]، أو الميزاب، أو الممشى في دار غيره، فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب[5].

وإذا كان نهر بين قوم[6]، واختصموا في الشرب، كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن المقصود[7] الانتفاع بسقيها[8]، فيتقدر[9] بقدره، بخلاف

النهر له، وجريان ماءه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر، فقوله: فإن لم يكن في يده إشارة إلى انتفاء العلامة الأولى، وقوله: لم يكن جاريا، إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية، ويصير معنى مجموع كلامه، فإن لم يوجد شيء من العلامتين. ولهذا قال المصنف: ولم يكن جاريًا بكلمة الواو إشارة إلى انتفاءهما، فعليه أي على المدعي وهو ذلك الرجل البينة أن هذا النهر له، إن كان يدعي رقبة النهر، أو أنه قد كان له مجراة أي موضع الإجراء، والمراد حق التسييل في هذا النهر يسوقه إلى أرضه، ليسقيها إن كان يدعي حق الإجرار في هذا النهر، فيقضى له أي لذلك الرجل لإثباته بالحجة ملكا له أي فيما إذا أقام البينة، أن هذا النهر له، أو حقا مستحقا فيه، أي في النهر، يعني فيما إذا أقام البينة أن له مجراة في هذا النهر، فتأمل، كذا في "نتائج الأفكار" وغيره. (مولانا محمد عبد الحليم نورالله مرقده)

(١) اى بودى را حق جارى كردن آب. (ترجمة)

(٢) بالنهر.

(٣) قوله: "وعلى هذا المصب [يعني موضع اجتماع ما يفضل من الماء] إلخ" قال شيخ الإسلام خواهر زاده في أواخر "شرح كتاب الشرب": رجل له مجرى ماء إلى بستانه في بستان غيره، أو مجرى ميزاب في دار قوم، أو ممشى في دار قوم، قد كان يأخذ إلى منزله، فقال صاحب البستان أو الدار: لا أدعك لتجرى الماء إلى بستانك، ولا أدعك تمشى في داري، وقال صاحب البستان والميزاب: وللممشى أنه حق لي.

فإن كان الماء يجرى إلى بستانه وقت المنازعة، أو كان ماشيًا في داره وقت المنازعة، فالقول قول صاحب قول البستان؛ لأن صاحب البستان مستعمل له، والآخر متعلق، لأن ملكه متصل به، فيقضى بذلك للمستعمل، إلا أن يقيم الآخر بينة على ما ادعى. وإن لم يكن الماء جاريا ولا كان ماشيًا فيها وقت المنازعة، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن صاحب البستان غير مستعمل للجرى، ولا كان المجرى متصلا بملكه، حتى يجعل أيضًا ملكه؛ لتعلقه بملكه، ومتى تنازعا في شيء أحدهما متعلق به، والآخر لا تعلق له به، فالمتعلق أولى. وهذا إذا لم يقم لأحدهما بينة، فإن أقام صاحب البستان البينة على أن له طريقا في داره، أو مجرى ماءه إلى بستانه يقضى له بذلك؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة. (غن)

(٤) أي المصب على السطح، وهو مجرى الماء على السطح. (عيني)

(٥) قوله: "فحكم الاختلاف إلخ" أي حكم اختلاف المتخاصمين أو المدعيين فيها، أي في هذه المذكورات من المصب والميزاب والممشى نظيره، أي نظير الاختلاف في الشرب. (غن)

(٦) قوله: "وإذا كان إلخ" أي نهر بين قوم، لهم عليه أرضون ، ولا يعرف كيف أصله بينهم، فاختلفوا فيه، واختصموا في الشرب، فالشرب تقسم بينهم على قدر أراضيهم.

قال في "الأجناس": وحكي عن أبي علي الدقاق صاحب "كتاب الحيض" أنه يكون بينهم على قدر حاجتهم، وفائدته أنه إذا كان لأحدهم عشرة أجرته، وللآخر عشرة، إلا أن أرضه لا تكتفي لها للزراعة مقدار أن يأخذه، فعلى ما قاله محمد، الماء بينهم نصفان، وعلى قول الدقاق له أخذ الماء وزيادة، وهذا إذا لم يعلم كيف كان الشرب بينهم، فأما إذا علم يقسم على ما كان. (غن)

(٧) من الشرب.

الطريق[1]؛ لأن المقصود التطرق[2]، وهو في الدار الواسعة، والضيقة على نمط واحد. فإن كان الأعلى[3] منهم لا يشرب[4]، حتى يسكر[5] النهر لم يكن له ذلك[6]؛ لما فيه[7] من إبطال حق الباقين، ولكنه يشرب[8] بحصته.

فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر، حتى يشرب بحصته، أو اصطلحوا على أن يسكر[9] كل رجل منهم في نوبته جاز؛ لأن الحق لهم[10]، إلا أنه إذا تمكن من ذلك[11] بلوح[12] لا يسكر بما ينكبس به النهر[13] من غير تراض؛ لكونه إضراراً بهم[14].

---

(٨) قوله: "لأن المقصود إلخ" معارض بأنهم قد استووافى إثبات اليد على الماء الذي في النهر، والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق. وأجيب: بأن إثبات اليد على الماء إنما هو بالانتفاع بالماء، ومن له عشرة أقطاع لا يكون إنتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة، فلا يتحقق التساوي في إثبات اليد. (ع)

(٩) فحاجة صاحب الأرض الكثيرة إلى الشرب أكثر من حاجة صاحب الأرض القليلة. (غن)

(١) قوله: "بخلاف الطريق [فإنه يحكم بينهم أن الطريق بينهم على السواء] إلخ" أي طريق مشترك بين جماعة، ولا يعرف كيف أصله بينهم اختلفوا في ذلك، فإنه يقسم بينهم على عدد الرؤوس، لا على قدر أملاكهم، حتى يعطى لصاحب القليل ما يعطى لصاحب الكثير، وفي الشرب يعطى لصاحب الكثير أكثر مما يعطى لصاحب القليل، هذا إذا لم يعلم مقدار حقهم، وإذا علم يقسم على ما كان في الأصل. (غاية البيان)

(٢) راه يافتن.

(٣) قوله: "فإن كان الأعلى إلخ" قال في "الأجناس": قال أبو عمرو الطبري: وهو تلميذ محمد ابن شجاع، أراد محمد بهذا، إذا كان نصيب صاحب أعلى النهر لا يكفيه بجميع أرضه حتى يسكر النهر، فينساق كل الماء إليه، ليس له ذلك، إلا أن يكون صاحب الأرض الأعلى من بقعة لا يصل الماء إليها، إلا أن يتخذ في النهر سكر، وأرباب الأرضين مقرون أن مشربها من هذا النهر، فهذا لا بد من أن يجعل فيه سكر، حتى يرتفع الماء إليها، والسكر حبس الماء من الجريان. (غن)

(٤) قوله: "لا يشرب [لارتفاع أرضه، وقلة الماء] إلخ" أي لا يمكنه أن يسقى أرضه بتمامها إلا بالسكر، وهو من سكرت النهر سكراً إذا سددته. (عيني)

(٥) سكر بالفتح: بستن آب.

(٦) أي السكر.

(٧) أي في السكر. (عناية)

(٨) يعني من غير سكر. (ع)

(٩) أي يحبس الماء.

(١٠) قوله: "لأن الحق لهم" أي لأن المانع حقهم، وقد زال بتراضيهم. (زيلعي)

(١١) أي السكر.

(١٢) أو عود، أو باب، أو خشب. (ع) لوح -بالفتح- هر چه پهن باشد از استخوان وچوب وتخته. (م)

(١٣) قوله: ينكبس [كالطين ونحوه] " الكبس: بخاك اينباشتن چاه وجوى، والانكباس اينباشته شدن.

(١٤) بمنع ما فضل عن السكر عنهم إلا إذا رضوا بذلك.

وليس لأحدهم أن يكرى منه نهراً[١] أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضاء أصحابه؛ لأن فيه كسر ضفة[٢] النهر، وشغل موضع مشترك بالبناء[٣]، إلا أن يكون رحى، لا يضر بالنهر، ولا بالماء، ويكون موضعها[٤] في أرض صاحبها[٥]؛ لأنه تصرف في ملك نفسه، ولا ضرر في حق غيره[٦].

ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من[٧] كسر ضفته[٨]، وبالماء أن يتغير[٩] عن سننه[١٠] الذي كان يجرى عليه، والدالية والسانية[١١] نظير الرحى، ولا يتخذ[١٢] عليه جسراً[١٣] ولا قنطرة[١٤] بمنزلة طريق خاص[١٥] بين قوم، بخلاف ما إذا كان لواحد

---

(١) قوله: "وليس لأحدهم أن يكرى إلخ" سواء كان يكرى من النهر لأرض كان شربها من هذا النهر، أو كان يكرى نهر الأرض لا شرب لها من هذا النهر. (غن)

(٢) بالكسر وتشديد ف كنارهٔ جو وكنارهٔ دريا. (م) وحافة النهر مشترك بينه وبين غيره. (غن)

(٣) على حافة النهر. (غن)

(٤) قوله: "ويكون موضعها [الذي يضع عليه الرحى] إلخ" صورته أن يكون حافتا النهر، وبطن النهر ملكا له، ولغيره حق إجراء الماء، فواضع الرحى يتصرف في خالص ملكه، وإذا لم يضر بإجراء الماء لا يمنع من ذلك، وإن أضر يمنع، كعبد بين شريكين كاتبه أحدهما. (غن)

(٥) قوله: "في أرض صاحبها" بأن يكون بطن النهر مملوكًا له، وللآخر حق التسييل. (عيني)

(٦) قوله: "ولا ضرر إلخ" والمانع من الانتفاع بالماء مع بقاءه على حالهم متعنت قاصد للإضرار لغيره، لا دافع الضرر عن نفسه، فلا يلتفت إلى تعنته. (زيلعي)

(٧) بيان ما.

(٨) نهر.

(٩) قوله: "أن يتغير إلخ" بأن يكرى نهرا من هذا النهر، ويعوج الماء حتى يصل إلى الرحى المملوكة في أرضه، فيدير رحاه، ثم يجرى من النهر إلى أسفله، ففيه ضرر بالشركاء بقطع الماء عن سننه فيتأخر وصول حقهم إليهم. (غن)

(١٠) بفتحتين: روش وطريق.

(١١) قوله: "والدالية إلخ" الدالية جذع طويل مركب، تركيب مداق الأرز، وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها، والسانية البعير يسنى عليه أي يستقى من البئر. (ك)

قوله: "والدالية إلخ" تنه دراز كه در سر آن يک طرف رسن از برگ خرما مانند آن بندند دو طرف ديگر دلو ونحو آن بسته بدان آبياشى نمايند. (منتهى الأرب)

(١٢) قوله: "ولا يتخذ عليه إلخ" أي ليس له أن يتخذ على النهر جسرا، ولا قنطرة إلا برضاهم؛ لأنه لا بد من وضع الجذوع على حافتي النهر، وهو مشترك بينهم، وليس لأحد الشريكين أن يحدث حدثا في مكان مشترك إلا بإذن صاحبه. (غن)

(١٣) قوله: "جسر إلخ" الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والألواح، والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر، ويكون موضوعاً ثابتا ولا يرفع. (ك)

(١٤) هو ما يكون مركبًا، والجسر هو خلافها مثل أن يشد السفن. (درر شرح غرر)

(١٥) قوله: "طريق [أي لا يجوز أن يتصرف أحد فيه إجراء الماء]" فليس لأحد منهم أن يبنى ولا يفتح بابًا فيه

نهر خاص يأخذ من نهر خاص[١] بين قوم، فأراد أن يقنطر عليه، ويستوثق[٢] منه له ذلك، أو كان مقنطرة مستوثقًا، فأراد أن ينقض ذلك.

ولا يزيد ذلك في أخذ الماء[٣]، حيث يكون له ذلك؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعًا ورفعًا[٤]، ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء، ويمنع[٥] من أن يوسع فم النهر[٦]؛ لأنه يكسر ضفة[٧] النهر[٨]، ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء، وكذا[٩] إذا كانت[١٠] القسمة بالكوى[١١]، وكذا[١٢] إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر، فيجعلها في أربعة أذرع منه[١٣]؛ لاحتباس الماء فيه، فيزداد دخول الماء فيه[١٤].

بخلاف ما إذا أراد أن يُسَفِّل[١٥] كواه، أو يرفعها،[١٦] حيث يكون له ذلك في

من دار أخرى، ولا يسيل فيه ماءه، ولا يشرع فيه ميزابًا، ولا كنيفًا، أضر بهم أو لم يضر. (غن)

(١) أراد بالنهر الخاص بين قوم أن يكون بحال يجرى فيه الشفعة. (غن)

(٢) أى يسد جانبى القنطرة من النهر.

(٣) قوله: "ولا يزيد إلخ" أى لا يزيد نقض القنطرة فى دخول الماء فى النهر الخاص، وإن كان يزيد فى أخذ الماء متم منه لحق الشركاء. (مل)

(٤) قوله: "لأنه يتصرف [ولا يضر بغيره] إلخ" لأنه يضع لخشب، ولآجر على خالص ملكه، وأنه محتاج إلى ذلك؛ لأنه متى لم يستوثق رأس نهره زعم أن يغلبه الماء، فإذا كان ما يفعله محتاجًا إليه، وهو تصرف فى خالص ملكه، لم يمنع عن ذلك. (غن)

(٥) ذلك الواحد.

(٦) الخاص لذلك الواحد.

(٧) أى حافة النهر الذى يأخذ منه الماء.

(٨) الخاص بين قوم، فيضر بالشركاء.

(٩) أى لا يكون له أن يوسع الكوة.

(١٠) قوله: "وكذا إلخ" أى همچنين منع كرده شود، اگر خواهد كه كشاده كند كوه خود را اعنى روزن آب را در صورتيكه قسمت كرده باشند آب را بكوه أعنى قسمت كرده باشد برين وجه كه هر يكى رالوحى باشد بر لب نهر ودران روزنى باشد وهر قدر آب كه آزان روزن در آيد نصيب اوست. (ترجمه)

(١١) قوله: "بالكوى" الكوة ثقب البيت، والجمع كوى كبدرة وبدر، وقد يضم الكاف فى المفرد والجمع، ويستعار الكوى لمفاتيح الماء والجداول، فيقال: كوى النهر، كذا فى "المغرب". (غن)

(١٢) أى لا يكون له ذلك. (غن) أى خواهند كه بردارد از آب نهر آن لوح را كه دران روزنست. (ترجمة)

(١٣) قوله: "فيجعلها إلخ" هذا التقدير اتفاقى، والعبرة للاحتباس، وصورة هذا إذا كانت الألواح التى فيها الكوة فى فم النهر أراد أن يؤخرها عن فم النهر، فيجعلها فى وسط النهر، ويدع فوهة النهر بغير لوح، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(١٤) قوله: "فيزداد [فيضر بأصحابه؛ لأنه أخذ الماء أكثر من حقه. غن] إلخ" أى الماء يدخل فى رأس النهر، ويحتبس وينخنق، فيجتمع الماء، فيدخل فى الكوى أكثر مما كان يدخل لو كان الكوى فى ضفة النهر أول؛ لأن الماء فى ضفة النهر لا يكون مجتمعًا. (غن)

(١٥) تسفيل به نشيب آوردن (من)، أى پست كند كوه را يا بلند سازد.

الصحيح[١]؛ لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة[٢] الكوة[٣] وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة، فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة، ولو كانت القسمة[٤] وقعت بالكوى، فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك[٥]؛ لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه. ولو كان لكل منهم كوى مسماة[٦] في نهر خاص، ليس لواحد أن يزيد كوة، وإن[٧] كان لا يضر بأهله؛ لأن الشركة خاصة[٨]، بخلاف ما إذا كانت الكوى[٩] في النهر الأعظم[١٠]؛ لأن لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء، فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى.

وليس لأحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى، ليس لها[١١] في ذلك[١٢] شرب؛ لأنه إذا تقادم[١٣] العهد يستدل به على أنه حقه[١٤].

وكذا[١٥] إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى[١٦]، حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى[١٧]؛ لأنه يستوفي زيادة على حقه، إذ الأرض الأولى تنشف[١٨]

---

(١٦) قوله: "إذا أراد أن يسفل إلخ" أي أراد أن يضع الكوة أعمق عما كانت هي في ذلك الموضع، أو يرفعها يعني إلى وجه الأرض. (كفاية)

(١) فإنه تصرف في خالص ملكه، وليس فيه ضرر لأحد.

(٢) گنجائش.

(٣) روزن خانه. (من)

(٤) أي قسمة النهر الذي بين قوم الذي يأخذ من النهر العظيم.

(٥) قوله: "ليس له ذلك" يعني إذا لم يرضَ الشركاء بذلك، فإذا رضوا كان له ذلك. (غاية البيان)

(٦) أي معدودة. (ك)

(٧) الواو وصلية.

(٨) وأحداث التصرف فيما هو مشترك لا يجوز إلا بالإذن من الشركاء. (غن)

(٩) فلا يمنع أحد أن يزيد في الكوى إذا لم يضر بغيره. (غن)

(١٠) الذي لم يدخل في المقاسم (غن) كدجلة والفرات. (ك)

(١١) أي لهذه الأرض.

(١٢) نهر.

(١٣) تقادم: ديرينه شدن. (من)

(١٤) قوله: "يستدل به إلخ" لأنهم يتنازعون في الشرب، فيقضي له بشرب الأرضين جميعًا، إذا لم يعلم حقيقة الحال؛ لأن الشرب على مقدار الأراضي إذا لم يعلم حقيقة الحال. (غن)

(١٥) قوله: "وكذا [أي ليس له] إذا أراد [إلخ" ذكر خواهر زاده، إذا ملأ الأرض الأولى من الماء، وسد فوهة النهر، له أن يسقي الأرض الأخرى من هذا الماء، لأنه حينئذ لم يستوف زيادة على حقه، وإن لم يسد فوهة النهر ليس له ذلك. (ك)

(١٦) أي التي لها شرب. (ك)

(١٧) التي لا شرب لها. (ك)

بعض الماء قبل أن يسقى الأخرى، وهو نظير[١] طريق مشترك[٢] إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه[٣] بابًا إلى دار أخرى ساكنها[٤] غير ساكن هذه الدار التى مفتحها فى هذا الطريق.

ولو أراد الأعلى من الشريكين فى النهر الخاص[٥]، وفيه[٦] كوى بينهما[٧] أن يسد بعضها؛ دفعًا لفيض الماء عن أرضه، كيلا تنز[٨]، ليس له ذلك؛ لما فيه من الضرر بالآخر[٩].

وكذا[١٠] إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفةً بينهما[١١]؛ لأن القسمة بالكوى تقدمت، إلا أن يتراضيا[١٢]؛ لأن الحق لهما، وبعد التراضى لصاحب الأسفل[١٣] أن ينقض ذلك[١٤]، وكذا[١٥] لورثته من بعده؛ لأنه إعارة الشرب[١٦]، فإن مبادلة الشرب

---

(١٨) أى تشرب وتجذب. (غن)

(١) قوله: "وهو نظير إلخ" وجه كونه نظيراً هو أنه يزيد فى الشرب ما ليس منه له حق ويزيد فى الطريق من المارة من ليس له حق المرور، يعنى إذا كان له داران متلازقان، وهو يسكن إحدهما، والأخرى ليسكنها غيره، وممر الدار التى هو يسكنها فى طريق مشترك، وأراد أن يفتح بابا للدار الأخرى إلى هذا ليس له ذلك. (ك)

(٢) بين قوم.

(٣) طريق.

(٤) قوله: "ساكنها غير إلخ" بخلاف إذا كان ساكن الدارين واحداً حيث لا يمنع؛ لأن المارة لا تزداد، وله حق المرور ويتصرف فى خالص ملكه وهو الجدار. (كف)

(٥) قوله: "ولو أراد الأعلى إلخ" أى نهر بين الرجلين، له خمس كوى من النهر الأعظم، وأحد الرجلين أرضه فى أعلى هذا النهر. والآخر أرضه فى أسفل النهر، فقال صاحب الأعلى: أريد أن أسد بعض هذه الكوى. (كف)

(٦) الواو حالية.

(٧) شريكين.

(٨) نزت الأرض: تر درآيد آب از زمين (نج) يعنى تا زياده آب جذب نكند زمين او. (ترجمة)

(٩) قوله: "لما فيه من الضرر بالآخر" بسد الكوى، وهو فعل صاحب الأعلى وليس لأحد الشريكين أن يتصرف فى المشترك على وجه يلحق الضرر شريكه، وضرر النز لا يلحقه بفعل صاحب الأسفل، بل يكون أرضه فى أعلى النهر وبمقابلة هذا الضرر له منفعة إذا قل الماء. (ك)

(١٠) أى ليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى. (ك)

(١١) قوله: "أن يقسم الشرب إلخ" وهو أن يقول لشريكه، إجعل لى نصف الشهر ولك نصفه، فإذا كان فى حصتى سددت ما بدا لى منها، وأنت فى حصتك فتحت كلها، فليس له ذلك؛ لأن القسمة قد تمت بينهما مرة، فلا يكون لأحدهما أن يطالب بقسمة أخرى، وفى القسمة الأولى الانتفاع بالماء يستدام، وفيما يطلب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء فى بعض المدة، ربما يضر ذلك لصاحب الأسفل. (كفاية)

(١٢) بإطال قسمة الكوى.

(١٣) أى جاز لصاحب إلخ.

(١٤) أى التقسيم بالمناصفة.

بالشرب باطلة(١)، والشرب ممايورث(٢)، ويوصى بالانتفاع بعينه(٣) بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك(٤)، يعني بهذه العقود حيث لا تجوز العقود إما للجهالة(٥)، أو للغرر(٦)، أو لأنه ليس بمال متقوم(٧)، حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره(٨)، وإذا بطلت العقود، فالوصية بالباطل باطلة.

وكذا لا يصلح(٩) مسمّى(١٠) في النكاح، حتى يجب(١١) مهر المثل(١٢)، ولا في الخلع(١٣) حتى يجب رد ما قبضت من الصَدَاق(١٤) لتفاحش الجهالة(١٥)، ولا يصلح

---

(١٥) أي جاز لهم أن ينقضوا ذلك.

(١٦) قوله: "لأنه إعارة إلخ" أي لأن كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من النهر؛ لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة، فإن بيع الشرب بالشرب باطل، وإذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء. (ك)

(١) قوله: "باطلة" لأنه بيع الجنس بالجنس نسيئة؛ لأن ماء الغد لا يكون موجوداً اليوم، والجنس بانفراده يحرم النساء، ولأنه بيع المعدوم بالمعدوم؛ لأن الماء معدوم في النهر في الحال، ولأنه مجهول القدر؛ ولأن معاوضة الشرب بمال معلوم لا يجوز، فبمجهول أولى؛ ولأنه فيه غررا، فإنه مجهول، لا يدرى أن الماء يجرى في الوقت الثاني أم لا؟ (ك)

(٢) قوله: "مما يورث [وقد يملك بالإرث ما لا يملك بغيره من أسباب الملك (ك) وإن كان بغير أرض. غن]" بناء على أن الورثة خلف الميت، فيقومون مقامه في إملاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته، وصدقته لا يستلزم عدم جواز ذلك، ألا ترى أن القصاص والدين والخمر تملك بالإرث، وإن لم تملك بالبيع ونحوه، والوصية أخت الميراث. (ع)

(٣) قوله: "بالانتفاع إلخ "قيد الإيصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازا عن الإيصاء ببيع الشرب، فإن ذلك باطل على ما ذكر في الكتاب.

(٤) قوله: "والوصية بذلك" أي بخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته، فإن ذلك لا يصح، كما لا يصح بيعه وهبته. (ك)

(٥) قوله: "للجهالة [فإنه غير معلوم القدر]" فإنه لا يصير معلوما إلا بالإشارة، أو بالكيل، أو الوزن، ولم يوجد شيء منها، فكان مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة. (عيني)

(٦) فإنه لا يدرى أن الماء يجيء، أو ينقطع. (زيلعي)

(٧) فإن الشرب عبارة عن النصيب من الماء، والماء لا يملك قبل الإحراز. (غن)

(٨) قوله: "حتى لا يضمن [رجل، ولو كان مملوكًا يضمن] إذا سقى إلخ" أي من لا شرب له من هذا النهر، إذا سقى أرضه بشرب غيره لا يضمن، وهذا على رواية الأصل، واختار فخر الإسلام أنه يضمن، كذا في "الكفاية" و"الكافي" و"الخلاصة". فلا يرد أن ما قال صاحب "الهداية" ههنا: يناقض ما قال: سابقا في باب بيع الفاسد، من أن الشرب يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ؛ لأنه حظ من الماء، ولهذا يضمن بالإتلاف، وله قسط من الثمن اهـ فإن كلاميه في المقامين مبناهما على الروايتين، تدبر. (مولانا محمد عبد الحليم)

(٩) الشرب.

(١٠) أي مهراً.

(١١) قوله: "حتى يجب إلخ" يعني إذا تزوج الرجل امرأة على شرب بغير أرض فالنكاح جائز، وليس لها من الشرب شيء؛ لأن الشرب بدون الأرض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة. (ك)

(١٢) لو جعل الشرب مهرا.

(١٣) قوله: "ولا في الخلع [أي لا يصلح بدل الخلع] إلخ" يعني لو اختلعت امرأة من زوجها على شرب بغير

بدل الصلح عن الدعوى[١]؛ لأنه[٢] لا يملك بشيء من العقود[٣].

ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته[٤] بدون أرض، كما في حال حياته[٥]، وكيف يصنع[٦] الإمام، الأصح أن يضمه إلى أرض[٧]، لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها، ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب بدونه، فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين[٨]، وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضًا بغير شرب، ثم يضم الشرب إليها[٩] وباعهما، فيصرف الثمن إلى ثمن الأرض، والفاضل[١٠] إلى قضاء الدين. وإذا سقى الرجل أرضه، أو مخرها[١١] ماءً أي ملاها، فسال من ماءها في أرض رجل، فغرّقها[١٢]، أو نزّت أرض جاره من هذا الماء، لم يكن عليه ضمانها؛ لأنه غير متعدّ فيه[١٣]، والله أعلم.

أرض كان باطلا، لا يكون له من الشرب شيء، ولكن الخلع صحيح، وعليها أن ترد المهر الذى أخذت؛ لأنها اختلعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه، فتصير غارة بهذه التسمية، والغرور فى الخلع يلزمها رد ما قبضت، كما لو اختلعت على ما فى بيتها من المتاع، فإذا ليس فى بيتها شيء. (ك)

(١٤) كابين. (م)

(١٥) فالمسمّى مجهول المقدار، فإن الماء مما يزداد وينقص، وجهالة مقدار المسمى يمنع صحة التسمية. (غن)

(١) قوله: "ولا يصلح [الشرب] إلخ" يعني إذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه، إذا لم يكن عن قصاص، فإن كان عن قصاص، فعلى القاتل الدية، وأرش الجراحة. (ع)

(٢) الشرب.

(٣) قوله: "لأنه لا يملك إلخ" يعنى إذا ادعى رجل قبل رجل دعوى فى أرض، أو دار، أو كرم، فصالحه من دعواه على شرب بغير أرض، فإن الصلح باطل؛ لأن الصلح إذا وقع على خلاف جنس الحق كان فيه معنى البيع، وبيع الشرب بلا أرض لا يجوز، فكذا لا يجوز الصلح على الشرب من غير أرض. (غن)

(٤) أى موت صاحب الشرب.

(٥) قوله: "كما فى حال حياته" فإن بيع الشراب فى حال حياته لا يجوز بقدر الدين، فكذا لا يجوز بعد وفاته. (غن)

(٦) فى أداء الدين.

(٧) قوله: "الأصح أن يضم إلخ" قيل: يتخذ حوضا، ويجمع فيه ذلك الماء فى كل نوبة، ثم يبيع الماء الذى جمعه فى الحوض بثمن معلوم، فيقضى به الدين. (ك)

(٨) قوله: "فيصرف إلخ" فإن كان تشترى مع الشرب بمائة وخمسين، وبدون الشرب تشترى بمائة، يعرف أن قيمة الشرب خمسون درهما، فيصرف الخمسون إلى الدين. (عينى)

(٩) أى إلى هذه الأرض المشتراة.

(١٠) أى يصرف الفاضل من ثمن الأرض.

(١١) مخر آب در زمين رها كردن. (م) قال فى "الصحاح": يقال: مخرت الأرض إذا أرسلت فيها الماء. (غن)

(١٢) يا غناک گردید زمین همسایه. (ترجمة)

(١٣) قوله: "لأنه غير متعد فيه [أى فى السقى والمخر. غن]" وهذا لأن كون الفعل علة للشيء إنما يعرف بالأثر اللازم له، والأثر اللازم بفعله اجتماع الماء فى أرضه، وإنما صارت أرض جاره ذات نز بالشرب والاجتذاب، وهو أمر

كتاب الأشربة[١]

سُمّيَ بها[٢]، وهي[٣] جمع شراب؛ لما فيه[٤] من بيان حكمها[٥].

قال[٦]: الأشربة المحرمة أربعة: الخمر وهي عصير العنب[٧]، إذا غلا واشتد[٨]، وقذف بالزبد[٩]. والعصير[١٠] إذا طبخ حتي يذهب أقل من ثلثيه، وهو الطلاء[١١] المذكور في "الجامع الصغير". ونقيع التمر[١٢] وهو السكر، ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلا. أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع: أحدها: في بيان مائيتها[١٣]، وهي النّيّ[١٤] من ماء العنب إذا صار مسكراً، وهذا عندنا، وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم[١٥]. وقال بعض الناس[١٦]: هو اسم لكل مسكر، لقوله

اتفاقي، قد يكون وقد لا يكون، فلا يضاف إلى فعله، إلا أنه لو لا فعله لما حصل هذا الفساد، فصار فعله في حق هذا الأثر سببا محضا.

والمسبب إنما يضمن إذا تعدى كحافر البئر وواضع الحجر، وفعله في أرضه مباح، فلم يضمن، قالوا: هذا إذا سقى أرضه سقيًا معتاداً، تتحمل أرضه عادة، أما إذا سقى لا تتحمل أرضه فيضمن؛ لأنه أجرى الماء إلى أرض جاره تقديراً. (ك)

(١) قوله: "كتاب الأشربة" ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبته بينهما في الاشتقاق، وهو اشتراك اللفظين في المعنى الأصلي، والحروف الأصول، ولكن قدم الشرب؛ لأنه حلال، والأشربة فيها حرام كالخمر. (غن)

(٢) قوله: "سمّي [أي سمي بهذا الكتاب] بها" أي سمي هذا الكتاب بالأشربة، أي أضيف إليها، والحال أن الأشربة جمع شراب، وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات، سواء كان حراماً أو حلالا، وفي استعمال أهل الشرع اسم ؛ لما كان حراماً فيه؛ لما فيه إلخ. (نت)

(٣) الواو حالية.

(٤) كتاب.

(٥) كما سمّي كتاب البيوع والحدود، ولما فيه من بيان أحكامها.

(٦) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٧) شيره انگور وجز آن وهر چه افشرده باشد. (م)

(٨) قوله: "إذا غلا واشتد [بفتحتين: غليان جوشيدن وجوش زدن]" والمراد بالاشتداد الصلاحية للإسكار. (ع)

(٩) زبد محركة كفك آب وشيره وجز آن. (من)

(١٠) أي عصير العنب.

(١١) بالكسر والمد.

(١٢) قوله: "ونقيع [نقيع آب ميوه كه تر كرده باشند]" يقال: أنقع الزبيب، أو التمر في الجابية ألقاه فيها؛ ليبتل، ويخرج منه الحلاوة في الماء، واسم الشراب نقيع. (غن)

(١٣) المائية هي الماهية، والماهية ما به الشيء هو هو كماهية الإنسان، وهي حيوان ناطق. (غن)

(١٤) بالكسر وتشديد الياء: نا پخته وخام. (م)

(١٥) أي الفقه. (أعظمي)

(١٦) قيل: يريد به مالكًا والشافعي. (ع)

عليه السلام[١]: «كل مسكر خمر»*، وقوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين[٢]»**، وأشار[٣] إلى الكرمة[٤] والنخلة؛ ولأنه مشتق[٥] من مخامرة[٦] العقل، وهو موجود في كل مسكر.

ولنا أنه[٧] اسم خاص[٨] بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه[٩]، ولهذا[١٠] اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره؛ ولأن حرمة الخمر قطعية[١١]، وهي في غيرها ظنية، وإنما سمّي[١٢] خمراً[١٣] لتخمره[١٤]، لا لمخامرته العقل، على أن ما ذكرتم[١٥] لا ينافي كون الاسم خاصاً فيه، فإن النجم مشتق من النجوم[١٦]، وهو الظهور، ثم هو اسم

(١) قلت: أخرجه مسلم. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٥، والدراية ج٢ ص٢٤٧، الحديث٩٨٨ . (نعيم)

(٢) قوله: "الخمر من هاتين إلخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخاري عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال: قال ﷺ: «الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة» انتهى، وفي لفظ لمسلم الكرمة والنخلة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٥، والدراية ج٢ ص٢٤٧، الحديث٩٨٩ . (نعيم)

(٣) عليه السلام.

(٤) درخت انگور. (م)

(٥) قوله: "ولأنه مشتق إلخ" مثل هذا يجوز كما ذكر في الوجه أنه من المواجهة، واليم من اليمم. (ك)

(٦) [يقال: خامره أي خالطه. (غن)

(٧) لفظ الخمر.

(٨) قوله: "اسم خاص إلخ" أقول: لمانع أن يمنع إطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنيء من ماء العنب إذا صار مسكراً، ألا ترى أنه قال في "قاموس اللغة": الخمر ما اسكر من عصير العنب، أو عام، وقال: والعموم أصح؛ لأنها حرمت، وما بالمدينة خمر عنب، وما كان شرابهم، إلا البسر والتمر، انتهى. (نت)

(٩) أشار إلى النيء من ماء العنب إلخ. (ع)

(١٠) قوله: "ولهذ [أي لكونه خاصاً فيه] إلخ" إيضاح لكون الاسم خاصا أي اشتهر استعمال الخمر في النيء من ماء العنب، إذا صار مسكراً، أو اشتهر في غير العنب غير اسم الخمر، كالنبيذ والنقيع والسكر. (غن)

(١١) قوله: "ولأن حرمة الخمر قطعية" يعني لا يصلح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين ثبت الحرمة في تلك العين قطعا، وغير النيء ليست بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه، (أي حلة وحرمة). (ك)

(١٢) قوله: "وإنما [جواب عن قولهما: لأنه مشتق إلخ] سمي إلخ" أي إنما سمي النيء من ماء العنب خمراً؛ لتخمره أي لتغيره واشتداده، وهذا المعنى غير موجود في غيره، فلم يكن خمراً، لا لمخامرته العقل، أي ليست التسمية لمخامرته العقل، أي ستره، حتى يوجد وجه التسمية في غير النيء من ماء العنب أيضاً، فيكون خمراً. (نت)

(١٣) قوله: "خمراً" ناميده شد شراب باسم خمر بسبب مخامرة آن عقل را، اى مخالطة آن يا بسبب خمر آن عقل را اى پوشيدن آن عقل را. (نج)

(١٤) قوله: "لتخمره" أي لشدته وقوته ليست لغيرها، حتى سميت أم الخبائث. (ك)

(١٥) من أنه مشتق من مخامرة العقل.

(١٦) يقال: نجم أي ظهر. (ك)

خاص للنجم[1] المعروف، لا لكل ما ظهر، وهذا كثير النظير[2].

والحديث الأول[3]: طعن فيه يحيى بن معين[4]، والثاني[5]: أريد به بيان الحكم[6]، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة، والثاني في حد[7] ثبوت هذا الاسم[8]، وهذا الذي ذكره في الكتاب[9] قول أبي حنيفة.

وعندهما إذا اشتد صار خمراً، ولا يشترط القذف بالزبد؛ لأن الاسم يثبت به[10]، وكذا المعنى المحرم بالاشتداد، وهو المؤثر في الفساد.

ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة[11]، وكمالها بقذف الزبد، وسكونه إذ

---

(١) قوله: "هو اسم خاص للنجم المعروف" المراد أنه اسم خاص لـلظاهر المخصوص، وهو جنس الكواكب؛ لا أنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكواكب، هو الثريا؛ لأن معنى الظهور إنما لوحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعًا لجنس الكواكب، لا في مرتبة كونه علما له. (نت)

(٢) قوله: "وهذا كثير النظير" كالقارورة مشتق من القرار، ولا يستعمل في الكوز، وإن وجد فيه القرار، وأنظاره كثيرة. (ع)

(٣) أراد به قوله عليه السلام: «كل مسكر خمر». (غن)

(٤) قوله: "طعن فيه إلخ" [لم أجده في شيء من كتب الحديث. ت] روي عن يحيى بن معين، أنه قال: الأحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله ﷺ.

أحدها: قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، والثاني: «من مس ذكره فليتوضأ»، والثالث: «كل مسكر خمر»، وكان يحيى بن معين إماماً حافظاً متقناً، حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله: "كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين، فليس بحديث". (ع)

(٥) قوله: "والثاني [وهو قوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين». غن] أريد به بيان الحكم" وهو الحرمة؛ لأن نقيع التمر حرام، لا بيان الحقيقة؛ لأن النبي عليه السلام مبعوث لبيان الأحكام، لا لبيان الحقائق، بأن يقول: هذا حجر، وهذا شجر؛ لأن كل واحد يعلم ذلك من آحاد الناس. (غن)

(٦) لا بيان اللغة والوضع.

(٧) أي مرتبة.

(٨) أي اسم الخمر.

(٩) هو ما ذكر في "القدوري" بقوله: وهو عصير العنب إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد.

(١٠) قوله: "لأن الاسم يثبت به [أي بالاشتداد]" أي بكونه مخامرا للعقل، وهو الاشتداد، فيكفي الاشتداد، وفيه أنه مصادرة على المطلوب؛ لأن مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد، ولا يقبله أبو حنيفة، بل يقول: باشتراط القذف بالزبد.

وكذا المعنى المحرم، وهو الإسكار يحصل بالاشتداد، وهو أي ذلك المعنى المحرم أي الإسكار المؤثر في الفساد أي في إيقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى، فأما الغليان والقذف بالزبد فيرق ويصفو، ولا تأثير لهما في إحداث صفة السكر، وفيه أن هذا يشعر بكون حرمة الخمر معلولة، وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام، غير معلول بالسكر، نعم! إنما يلائم قول من قال: إنها معلولة بالسكر، كما ذكره المصنف فيما بعد، فتدبر. (مولانا عبد الحليم)

(١١) قوله: "ولأبي حنيفة إلخ" أي لأبي حنيفة أن الخمر هي التي من ماء العنب إذا غلا، ومطلق الغليان ينصرف إلى الكامل، وكماله بأن يصير أعلاه أسفله، وذلك بقذف الزبد، فقبل ذلك يكون ناقصاً، والناقص موجود من وجه دون

به[1] يتميز الصافى من الكدر[2]، وأحكام الشرع قطعية[3]، فتناط بالنهاية[4] كالحد، وإكفار المستحل وحرمة البيع، وقيل[5]: يؤخذ فى حرمة الشرب[6] بمجرد الاشتداد احتياطًا.

والثالث: أن عينها حرام غير معلول[7] بالسكر[8]، ولا موقوف عليه، ومن الناس من أنكر حرمة عينها، وقال: إن السكر منها حرام[9]؛ لأن به يحصل الفساد، وهو الصد[10] عن ذكر الله تعالى، وهذا[11] كفر؛ لأنه جحود الكتاب، فأنه سماه[12] رجسًا[13]، والرجس ما هو محرم العين[14]، وقد جاءت السنة متواترة[15]، أن النبى عليه السلام حرم الخمر، وعليه انعقد الإجماع.

ولأن قليله يدعو إلى كثيره، وهذا من خواص الخمر[16]، ولهذا تزداد لشاربه

وجه، والإباحة كانت ثابتة بيقين، فلا يزول بالشك، وأحكام الخمر مقطوع بها، فلا يصح إثباتها بما فيه شبهة، والأصل فى الحدود اعتبار الكمال فى سببها، كحد الزناء والسرقة؛ لأن فى النقصان شبهة العلم، والحدود تندرى بالشبهات. (غن)

(١) قوله: "إذ به" أى بقذف الزبد يتميز الصافى من الكدر؛ لأن أسفله يصير أعلاه، فيميز فائقه من كدره. (ب)

(٢) بكسر دال: تيره.

(٣) أى الأحكام الثابتة فى الخمر قطعية. (ك)

(٤) نوط -بالفتح- درآويختن. (م)

(٥) أى قال بعض المشائخ.

(٦) فى وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد. (زيلعى)

(٧) أى ليس أن يكون حرامًا لكونه مسكرًا، ولهذا لا يتوقف على السكر، بل قطرة منها حرام. (ك)

(٨) ولا بالإسكار.

(٩) قوله: "وقال: إن السكر إلخ" السكر حرام فى جميع الأديان، وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى، لئلا نقع فى الخطر، ونحن مشهود لنا بالخيرية. (عناية)

(١٠) -بالفتح وتشديد دال- باز داشتن. (م)

(١١) إنكار حرمة العين.

(١٢) الله.

(١٣) قوله: "رجسًا [پليدى. منه]" قال الله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان﴾. (ك)

(١٤) دليله قوله تعالى: ﴿ولحم خنزير﴾، فإنه رجس، ولحمه حرام نجس عينا بلا شبهة، فكذا الخمر. (غن)

(١٥) قوله: "وقد جاءت السنة [أخرجها أصحاب الصحاح وغيرها] إلخ" معناه جاء عن النبى ﷺ فى الخمر أحاديث، كلها تدل على حرمة الخمر، وكل واحد منها، وإن لم يبلغ حد التواتر، فالقدر المشترك بينها متواتر، كشجاعة على رضى الله تعالى عنه، وجود حاتم، ويسمى هذا تواتر المعنى. (ع)

(١٦) قوله: "وهذا" أى دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر، بخلاف غيرها من الأشربة، ففيها من الغلظ ما لا يدعو قليلها إلى كثيرها، فقد قيل ما من طعام وشراب إلا ولذته فى الابتداء تزيد على اللذة التى فى الانتهاء إلا الخمر،

اللذة بالاستكثار منه، بخلاف سائر المطعومات[(١)]، ثم هو[(٢)] غير معلول عندنا، حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات.

والشافعي يعديه إليها[(٣)]، وهذا بعيد؛ لأنه[(٤)] خلاف السنة المشهورة[(٥)]، وتعليل لتعدية الاسم[(٦)]، والتعليل في الأحكام، لا في الأسماء.

والرابع: أنها نجسة نجاسة غليظة، كالبول؛ لثبوتها بالدلائل القطعية[(٧)]، على ما بيناه، والخامس: أنه يكفر مستحلها[(٨)]؛ لإنكاره الدليل القطعي.

والسادس: سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها[(٩)]، ولا يجوز بيعها؛ لأن الله تعالى[(١٠)] لما نجسها فقد أهانها، والتقوم يشعر بعزتها[(١١)].

وقال عليه السلام[(١٢)]: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها»*،

ولهذا يزداد حرصه على شربها إذا أصاب شيئًا، وإذا كان قليلها داعيا إلى الكثير كان محرمًا كالكثير. (كف)

(١) قوله: "بخلاف سائر المطعومات" لو قال: سائر المسكرات، أو قال: بخلاف سائر المشروبات، لكان أولى؛ لأنه يريد الفرق بين الخمر وسائر المسكرات، لا بينها وبين سائر المطعومات؛ لأنه ساق كلامه في جواب الشافعي، وقد عدى الشافعي حكم الخمر إلى سائر المسكرات لا إلى سائر المطعومات. (غن)

(٢) أي حرمة الخمر. أي النص الوا رد في الخمر. (ك)

(٣) قوله: "يعديه إليها" أي جعل الحرمة الثابتة في الخمر معلومة بالمخامرة، فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرت، حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسًا على الخمر. (ك)

(٤) قوله: "لأنه [أي لأن تعليل الشافعي. غن] خلاف إلخ" الحق عندي أن تعليلها بالإسكار ينافي حرمة عينها؛ لأن قليلها ليس بسكر، فيلزم أن لا يكون حرامًا؛ لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالإسكار، وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم أيضًا كالمخامرة ونحوها، فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها. (نت)

(٥) فإنه قال عليه السلام: «حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب». (كف)

(٦) قوله: "وتعليل لتعدية الاسم" فإنه يثبت اسم الخمر لسائر الأشربة بمعنى المخامرة، ثم يثبت حكم الخمر في سائر الأشربة، فهذا تعليل لتعدية الاسم، والتعليل لتعدية الأحكام لا الأسماء؛ لأن وضع اللغة ليس بقياس، وإنه توقيفي. (ك)

(٧) قوله: "لثبوتها بالدلائل [من الكتاب والإجماع والسنة] إلخ" أقول: فيه شيئ، وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بيناه فيما مر آنفًا، إنما هو حرمتها لا نجاستها نجاسة غليظة، نعم! واحد من تلك الدلائل، وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة، فإنه مسماها رجسًا، والرجس هو القذر على ما بيناه، فالأولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال: وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم؛ لأنها سميت رجسًا بالنص القطعي. (نت)

(٨) قوله: "يكفر مستحلها" وذلك لأنه أنكر الكتاب والسنة والإجماع؛ لأن حرمتها تثبت قطعا بهذه الأشياء. (غن)

(٩) هذا لا يدل على إباحة إتلافها. (ع)

(١٠) قوله: "لأن الله تعالى إلخ" أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل ينتقض بالسرقين، فإنه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا، كما مر. (نت)

(١١) قوله: "والتقوم إلخ" معنى قولنا أن الشيئ متقوم، أنه مما يجب إبقاءه إما بعينه، أو بماليته، وهي القيمة القائمة مقامه، فيكون ذلك إشعارًا بعزته. (ك)

(١٢) رواه في "كتاب الآثار". (غن)

واختلفوا في سقوط ماليتها[١]، والأصح أنه مال[٢]؛ لأن الطباع تميل إليها وتضن[٣] بها، ومن كان له على مسلم دين، فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه، ولا لمديون أن يؤديه؛ لأنه ثمن بيع باطل، وهو غصب في يده[٤]، أو أمانة[٥] على حسب ما اختلفوا فيه[٦] كما في بيع الميتة[٧]، ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديه من ثمن الخمر، والمسلم الطالب يستوفيه؛ لأن بيعها فيما بينهم[٨] جائز.

والسابع: حرمة الانتفاع بها[٩]؛ لأن الانتفاع بالنجس حرام[١٠]؛ ولأنه واجب الاجتناب، وفي الانتفاع به اقتراب.

والثامن: أن يحد شاربها، وإن[١١] لم يسكر منها؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقتلوه»*، إلا أن حكم القتل قد انتسخ[١٣]، فبقي الجلد مشروعًا، وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم[١٤]، وتقديره ما ذكرناه في الحدود[١٥].

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٩، والدراية ج٢ ص٢٤٨ تحت الحديث٩٨٩ . (نعيم)

(١) قوله: "في سقوط إلخ" ثم هل يباح إتلاف الخمر، نقل عن الإمام مجد الدين أنه قال: والصحيح أنه لا يباح الإتلاف إلا لغرض صحيح، كما إذا كانت عند فاسق يشربها غالبًا لو تركت عنده، - ى لو كانت عند صالح لا يباح الإتلاف، فإنها مملوكة له، وفي بقاءها فائدة التخليل. (غن)

(٢) قوله: "والأصح أنه مال" وذلك لأن المال ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع والخمر بهذه المشابة، فيكون مالا، ولكنها ليست بمتقومة لما قلنا. (غن)

(٣) ضن –بالكسر وتشديد نون– بخيلى كردن. (ن)

(٤) لأنه أخذ بغير إذن الشرع. (ك)

(٥) لأنه أخذ برضاء صاحبه . (ك)

(٦) قوله: "على حسب ما اختلفوا فيه" أي في ثمن البيع الباطل، فمذهب الشيخ أبي سعيد البردعي أنه مضمون، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وذهب الشيخ أبو نصر أحمد أنه أمانة، وقد مر تمام ذلك في البيع الفاسد. (غن)

(٧) فإنه باطل.

(٨) أهل الذمة.

(٩) قوله: "الانتفاع بها" يريد به التداوي بالاحتقان، وسقي الدواب والإقطار في الإحليل. (ع)

(١٠) قوله: "لأن الانتفاع إلخ" أقول: انتقاض هذا التعليل بالسرقين أظهر مما مر. (نت)

(١١) الواو وصلية.

(١٢) رواه ابوداود في "سننه"، كذا قال ابن الهمام في "فتح القدير" في باب حد الشرب.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٩، والدراية ج٢ ص٢٤٨ تحت الحديث٩٨٩ . (نعيم)

(١٣) قوله: "قد انتسخ إلخ" أي بقوله عليه السلام: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث» الحديث. (ك)

(١٤) قوله: "وعليه [أي على الجلد. ت] انعقد إلخ" وذلك لأن الصحابة رضي الله عنهم في خلافة عمر رضي الله

والتاسع: أن الطبخ لا يؤثر فيها[١]؛ لأنه للمنع من ثبوت الحرمة، لا لرفعها بعد ثبوتها[٢]، إلا أنه لا يحد فيه[٣] ما لم يسكر منه على ما قالوا[٤]؛ لأن الحد بالقليل فى النى خاصة لما ذكرناه[٥]، وهذا قد طبخ.

والعاشر: جواز تخليلها، وفيه خلاف الشافعى، وسنذكره من بعد[٦] إن شاء الله تعالى، هذا هو الكلام فى الخمر.

وأما العصير[٧] إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه، وهو المطبوخ أدنى طبخة، ويسمى الباذق[٨]، والمنصف[٩]: وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، فكل ذلك حرام عندنا[١٠] إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد، أو إذا اشتد على الاختلاف[١١].

وقال الأوزاعى: إنه مباح، وهو قول بعض المعتزلة؛ لأنه مشروب طيب، وليس بخمر.

تعالى عنه أجمعوا على وجوب الحد على من شرب الخمر ثمانين، إذا كان حرًا، وقد مر بيانه مستوفى فى كتاب الحدود، فإن شربها إنسان لخوف العطش المهلك لا بأس به، كما لو شرب البول. (غن)

(١٥) قوله: "ما ذكرناه" حيث قال فى باب حد الشرب وحد الخمر والسكر فى الحر ثمانون سوطًا لإجماع الصحابة رضى الله عنهم، وإن كان عبدا فحده أربعون؛ لأن الرق منصف.

(١) قوله: "لا يؤثر فيها" أى فى الخمر بعد أن صار خمرًا، يعنى أن الخمر إذا طبخت حتى ذهب ثلثاه لا يحل. (ب)

(٢) قوله: "لا لرفعها" لأن أثر الطبخ فى إزالة صفة الإسكار، والخمر حرام وموجب للحد بعينها لا للإسكار. (عينى)

(٣) أى فى المطبوخ.

(٤) قوله: "على ما قالوا" قال شيخ الإسلام خواهر زاده: لم يذكر محمد أنه إذا شرب بعد الطبخ، ولم يسكر هل يجب عليه الحد، ثم قال: يجب أن لا يجب عليه الحد؛ لأنه ليس بخمر لغة، فإن الخمر لغة هو النى من ماء العنب، وهذا ليس بنيّ. (عناية)

(٥) وهو ما ذكره أن قليله يدعو إلى كثيره. (ك)

(٦) فى آخر الباب. (غن)

(٧) أى عصير العنب.

(٨) قوله: "ويسمى الباذق" قال فى "القاموس": الباذق -بكسر الذال وفتحها- ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة، فصار شديدًا، وقال فى "المغرب" الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدًا. (نت)

(٩) قوله: "والمنصّف" مرفوع لا غير معطوف على المطبوخ فى قوله، وهو المطبوخ أدنى طبخة، والمعنى أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين، أحدهما المطبوخ أدنى طبخة، وهو المسمى بالباذق، والآخر المنصف، وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، وكل واحد منهما حرام عندنا، والطلاء عام للباذق والمنصف. (نت)

(١٠) قوله: "حرام عندنا" عن داود بن أبى هند قال: قلت لسعيد بن المسيب: الطلاء الذى أحله عمر رضى الله تعالى عنه للناس ما هو؟ قال: هو الذى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه، وكتب إلى الأنصار، وكان ذلك بحضرة من الصحابة من غير نكير، فدل ذلك على أن حد الإباحة ذهب ثلثيه، فما دون ذلك على التحريم. (غن)

(١١) الذى مر بين الإمام وصاحبيه، أى إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد عند الإمام أبى حنيفة، وعندهما إذا اشتد. (ك)

ولنا أنه رقيق ملذ مطرب[١]، ولهذا يجتمع عليه الفساق، فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به.

وأما نقيع التمر وهو السكر[٢]، وهو النى[٣] من ماء التمر[٤] أى الرطب، فهو حرام مكروه[٥].

وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح؛ لقوله تعالى: ﴿تتخذون[٦] منه سكرًا ورزقًا حسنًا﴾ امتن[٧] علينا به، وهو[٨] بالمحرم لا يتحقق.

ولنا إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم[٩]، ويدل عليه ما رويناه من قبل[١٠]، والآية محمولة على الابتداء[١١]، وكانت الأشربة مباحة كلها.

وقيل: أراد به التوبيخ[١٢] معناه[١٣] -والله أعلم- تتخذون منه سكرًا وتدعون[١٤] رزقًا حسنًا.

---

(١) بنشاط در آرنده. (م)

(٢) السكر -بفتحتين- عصير الرطب إذا اشتد. (مغرب)

(٣) بالكسر وتشديد ياء: نا پخته وخام. (م)

(٤) قوله: "أى الرطب" قال جمهور الشراح: إنما فسر التمر بالرطب؛ لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر، وهو حلال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف على ما سيجيء، انتهى.

أقول فيه نظر، لأن الذى كان اسمه نبيذ التمر، وكان حلالا عند أبى حنيفة وأبى يوسف إنما هو ما اتخذ من التمر، وطبخ أدنى طبخة، كما صرح به فى المعتبرات، وسيجيء فى الكتاب، والذى ذكر ههنا إنما هو نقيع التمر إذا لم يطبخ، كما أفصح عنه بقوله، وهو النى إلخ، ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا، فلا حاجة إلى تفسير التمر بالرطب. (نت)

(٥) قوله: "فهو حرام مكروه" إشارة إلى أن حرمة نقيع التمر ليست كحرمة الخمر؛ لأن حرمة الخمر قطعية قوية، وهذه اجتهادية ضعيفة. (غن)

(٦) قوله: "تتخذون" قال الله تعالى: ﴿ومن ثمرات النخيل والأعناب﴾ يعنى ولكم عبرة فيما نسقيكم ونرزقكم من ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرًا، والكناية فى منه، عائدة إلى محذوفة، أى ما تتخذون منه سكرًا ورزقًا حسنًا، كذا فى "معالم التنزيل".

(٧) الله تعالى.

(٨) امتنان.

(٩) يعنى على تحريم السكر وهو النى من ماء التمر. (ت)

(١٠) قوله: "عليه ما رويناه" يعنى قوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين»، وأشار إلى الكرمة والنخلة. (ع)

(١١) قوله: "محمولة على الابتداء" لأنها مكية، وحرمة الخمر بالمدينة، هذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان، كما قال الخصم، وقيل: أراد به التوبيخ، معناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرًا حرامًا، وتدعون رزقًا حسنًا. (ع)

(١٢) لا الامتنان.

(١٣) ففى الآية إضمار.

(١٤) أى تتركون. (ك)

وأما نقيع الزبيب[١]، وهو النى[٢] من ماء الزبيب، فهو حرا إذا اشتد[٣] وغلا[٤]، ويتأتى فيه خلاف الأوزاعى، وقد بينا المعنى من قبل[٥]، إلا أن حرمة هذه الأشربة[٦] دون حرمة الخمر، حتى لا يكفر مستحلها[٧]، ويكفر مستحل الخمر؛ لأن حرمتها اجتهادية، وحرمة الخمر قطعية، ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر.

ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة فى رواية،[٨] وغليظة فى أخرى، ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة، ويجوز بيعها[٩]، ويضمن متلفها عند أبى حنيفة. خلافا لهما[١٠] فيهما[١١]؛ لأنه مال متقوم[١٢] وما شهدت دلالة قطعية، بسقوط تقومها، بخلاف الخمر[١٣]، غير أن عنده تجب قيمتها[١٤] لا مثلها على ما عرف[١٥]، ولا ينتفع بها[١٦] بوجه من الوجوه؛ لأنها محرمة[١٧]

---

(١) قوله: "وأما نقيع الزبيب إلخ" وإنما قيد بنقيع الزبيب؛ لأن نبيذ الزبيب، وهو الذى طبخ أدنى طبخة، يحل شربه إلى سكر عند أبى حنيفة وأبى يوسف، كالثلث العنبى عندهما، وعند الأوزاعى وشريك يباح نبيذ الزبيب، وإنما يحرم القدح المسكر. (غن)

(٢) خام.

(٣) وقذف بالزبد. (زيلعى)

(٤) أى غلا بنفسه لا بالنار. (غن)

(٥) وهو قوله: ولنا أنه رقيق ملذ مطرب. (ك)

(٦) أى عصير العنب التى ذهب منها بالطبخ أقل من ثلثه، ونقيع التمر ونقيع الزبيب. (من)

(٧) قوله: "حتى لا يكفر إلخ" لقائل أن يقول: من هذه الأشربة نقيع التمر، وهو السكر، وقد قال المصنف سابقًا: إن حرمته تثبت بإجماع الصحابة وإجماع الأمة، سيما إجماع الصحابة دليل قطعى، فينبغى أن يكفر جاحده، ويمكن أن يجاب عنه: بأن نقل الإجماع قد لا يكون بالتواتر، فلا يفيد مثل ذلك الإجماع القطع، لعدم القطع فى طريق نقله إلينا، كما تقرر فى الأصول. (نت)

(٨) ففى رواية الغليظة تمنع ما زاد على الدرهم، وفى رواية الخفيفة لا تمنع إلا الكثير الفاحش. (غن)

(٩) لكنه يكره. (ن)

(١٠) يعنى أن أبا يوسف ومحمد لا يجوزان بيع هذه الأشربة، ولا بضمان متلفها. (غن)

(١١) أى فى البيع والضمان. (ك)

(١٢) قوله: "لأنه مال متقوم إلخ" فيه نظر أما أولا، فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوم المال إباحة الانتفاع به شرعا، وسيجئ التصريح عن قريب، بأن هذه الأشربة مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه، فكيف يتصور التقوم فيها، وأما ثانيًا فلأن الدلالة القطعية إنما تعتبر فى حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل، وما نحن فيه من العمليات، فينبغى أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن. (نت)

(١٣) فإنه لا يجوز بيع الخمر ولا يضمن متلفها. (غن)

(١٤) كما إن أتلف المسلم خمر الذمى. (ع)

(١٥) قوله: "على ما عرف" أى أن المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام، فلا يكون مأمورًا بإعطاء المثل. (ك)

وعن أبي يوسف[١] أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين.

وقال في "الجامع الصغير"[٢]: وما سوى ذلك من الأشربة، فلا بأس به، قالوا[٣]: هذا الجواب على هذا العموم[٤] والبيان لا يوجد في غيره[٥]، وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة[٦] والشعير[٧] والعسل والذرة[٨] حلال عند أبي حنيفة، ولا يحد شاربه عنده، وإن[٩] سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم.

ومن ذهب عقله بالبنج[١٠] ولبن الرماك[١١]، وعن محمد أنه حرام[١٢]، ويحد شاربه إذا سكر منه ويقع طلاقه[١٣] إذا سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة.

---

(١٦) كما في الخمر.

(١٧) قوله: "لأنها محرمة" أقول: في التعليل بحث، إذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به، ألا يرى أن السرقين نجس العين محرمة التناول قطعاً، مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الأراضي لاستكثار الريع، ولهذا يجوز بيعه، كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية. (نت)

(١) قوله: "وعن أبي يوسف [والمشهور عن أبي يوسف أن بيعه لا يجوز، كذا في "غاية البيان"] إلخ" أقول: لا يذهب عليك، أن حق هذه الرواية أن تذكر قبل قوله، ولا ينتفع به بوجه من الوجوه من شعب جواز بيع الأشربة، وقوله ولا ينتفع بها إلخ مسألة مستقلة، دخلت في البين. (نتائج)

(٢) قوله: "وقال في "الجامع الصغير" إلخ" أورد رواية "الجامع الصغير"، وهو قوله: وما سوى ذلك من الأشربة، أي ما سوى المذكور، وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء، وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في "الجامع الصغير"، لا يوجد في غيره. (عناية)

(٣) أي فخر الإسلام وغيره في خروج "الجامع الصغير". (ع)

(٤) أي هذا الحكم أي لا بأس.

(٥) أي في غير "الجامع الصغير".

(٦) گندم.

(٧) جو.

(٨) بالضم وفتح راء: غله ايست معروف كه آنرا جوارى گويند. (م)

(٩) الواو متصلة.

(١٠) قوله: "ومن ذهب عقله بالبنج [اجوائن خراسانى]" قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: أكل قليل سقمونيا والبنج مباح للتداوى، وما زاد على ذلك إذا يقتل، أو يذهب العقل، فهو حرام. (غن)

(١١) قوله: "ولبن الرماك [جمع رمكة: ماديان اسپ]" قلت: الذي يفعله ترك مصر من لبن الرماك ينبغي أن يكون حراماً، لأنهم يأخذون اللبن الخالص من الرمكة، ويتركون أياماً، حتى يشتد جدا، ويخلطون به السكر، ويشربونه للهو والطرب، ويسكرون منه كما يسكر أحدنا من غيره من السكرات، وربما يضيفون إليه أشياء آخر، ويسكرون منه كالخمر. (عيني)

(١٢) والفتوى على قول محمد، كذا ذكر الإمام المحبوبي. (ن)

(١٣) زجراً له.

وقال فيه أيضاً[١]: وكان أبو يوسف يقول: ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام[٢] ولا يفسد[٣]، فإني أكرهه، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة[٤]، وقوله الأول مثل قول محمد: إن كل مسكر حرام؛ إلا أنه تفرد[٥] بهذا الشرط[٦].

ومعنى قوله: يبلغ يغلي ويشتد[٧]، ومعنى قوله: ولا يفسد لا يحمض[٨]، ووجهه[٩] أن بقاء هذه المدة[١٠] من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته، فكان آية حرمته، ومثل ذلك مروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما[١١].

وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذى ذكرناه[١٢] فيما يحرم أصل شربه، وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة، فلم يحرم كل مسكر، ورجع عن هذا الشرط أيضاً[١٣].

---

(١) أي في "الجامع الصغير"

(٢) أي يغلي ويشتد.

(٣) أي لا يحمض.

(٤) قوله: "ثم رجع إلى قول أبي حنيفة" يعنى قال: مثل ما قال أبوحنيفة في نبيذ التمر والزبيب: إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إلى السكر. (غن)

(٥) قوله: "إلا أنه تفرد إلخ" فالحاصل أن أبا يوسف كان يقول أولا: مثل قول محمد: إن كل مسكر حرام؛ لكنه وحده شرط أن لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة أيام.

فهاتان مسألتان: إحداهما: أن كل مسكر حرام عند محمد و أبي يوسف أولا، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة.
والثانية: أن الأشربة نحو السكر، ونقيع الزبيب إذا غلا واشتد حرام عندهما، وعند أبي يوسف كذلك، ولكن بشرط أن يبقى بعد عشرة أيام، ولا يفسد أي لا يحمض، ثم رجع إلى قولهما. (كف)

(٦) أي بشرط أن لا يفسد بعد عشرة أيام. (غن)

(٧) غليان -بفتحتين- جوشيدن وجوش زدن. (م)

(٨) حمض حموضة: ترش مزه گرديد.

(٩) أي وجه شرط عشرة أيام.

(١٠) أي عشرة أيام. (من)

(١١) قوله: "ومثل ذلك مروى [قلت: غريب] إلخ" روى عن ابن عباس أنه قال: كل نبيذ يفسد بعد إبانة، فلا بأس به، و كل نبيذ يزداد جودة على طول الترك بعد إبانة، فلا خير فيه، فالإبانة عندهم عشرة، يريد أن كل نبيذ يفسد أي يحمض عند إبانة، فلا بأس بشربه؛ لأنه قبل إبانة كان حلواً، وعند إبانة صار خلافًا، ما إذا لم يحمض عند إبانة، ولكن غلا واشتد، وزاد مرارة لا يحل شربه عندهم. (غن)

(١٢) قوله: "على الحد الذى ذكرناه" وهو الغليان والشدة والقذف بالزبد فيما يحرم أصل شربه، وهو الخمر، وفيما يحرم السكر منه، وهو نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة، يعنى كما أن الخمر لا يثبت الأوان يثبت على هذا الحد من الغليان والاشتداد، والقذف بالزبد، لايثبت كون السكر من هذين الشرابين حراماً، إلا بثبوت هذا الحد فيهما، وهو الغليان والاشتداد، والقذف بالزبد. (كفاية)

(١٣) وهو شرط أن لا يفسد بعد عشرة أيام. (غن)

وقال في "المختصر"[١]: ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال، وإن[٢] اشتد[٣] إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكر من غير لهو ولا طرب[٤]، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد والشافعي حرام[٥]، والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي[٦]، ونذكره إن شاء الله تعالى.

قال[٧]: ولا بأس بالخليطين[٨]؛ لما روى عن ابن زياد أنه قال: سقاني ابن عمر[٩] شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي، فغدوت إليه من الغد، فأخبرته بذلك، فقال: ما زدناك على عجوة[١٠] وزبيب، وهذا من الخليطين، وكان مطبوخاً؛ لأن المروي[١١] عنه[١٢] حرمة نقيع الزبيب، وهو النيّ منه.

وما روى: «أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب[١٣] والزبيب والرطب والرطب والبسر»* محمول على حالة الشدة[١٤]، وكان ذلك في

---

(١) قوله: "وقال في المختصر" أي مختصر القدوري: وهو عطف على قوله، في أول كتاب الأشربة، قال: الأشربة المحرمة أربعة. (غن)

(٢) الواو وصلية.

(٣) وغلا وقذف بالزبد. (غن)

(٤) شادماني.

(٥) قليله أو كثيره.

(٦) قوله: "والكلام فيه إلخ" أي حكم نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة حكم العصير من ماء العنب، إذا طبخ وذهب ثلثاه، والكلام في مثلث العنب يجيء بعد هذا، والجواب ههنا مثل الجواب ثمة. (غن)

(٧) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "ولا بأس بالخليطين" وهو عبارة عن نقيع التمر ونقيع الزبيب يخلطان، فيطبخ بعد ذلك أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلي ويشتد. (غن)

(٩) قوله: "سقاني ابن عمر [رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار". ت] إلخ" وابن عمر كان معروفاً بالزهد والفقه بين الصحابة، فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه، أو يشربه ما كان حراماً، وهذا يفيد أن المتخذ من العجوة والزبيب حلال وإن اشتد وصار مسكراً؛ لأن الذي سقاه كان مسكراً، ألا ترى إلى قوله: ما كدت أهتدي إلى أهلي. (ك)

(١٠) نوع من أجود التمر. (غن)

(١١) قلت: غريب. (ت)

(١٢) أي عن ابن عمر.

(١٣) قوله: "نهى عن الجمع إلخ" أخرج البخاري ومسلم وباقي الستة عن جابر عن النبي ﷺ: «أنه نهى أن ينبذ الزبيب والتمر جميعاً ونهى أن ينبذ البسر والرطب جميعاً» انتهى، وفي لفظ فيه لمسلم أن النبي ﷺ قال: «لا تنبذوا الرطب والزبيب جميعاً ولكن انبذوا كل واحد على حدة»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٠٠، والدراية ج٢ ص٢٤٩، الحديث ٩٩٠ . (نعيم)

الابتداء[١].

قال[٢]: ونبيذ العسل والتين[٣] ونبيذ الحنطة والذرة[٤] والشعير[٥] حلال وإن[٦] لم يطبخ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى إذا كان من غير لهو وطرب؛ لقوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين[٧]»*، وأشار إلى الكرمة والنخلة، خص[٨] التحريم بهما.

والمراد بيان الحكم[٩] ثم قيل: يشترط الطبخ فيه[١٠]؛ لإباحته، وقيل: لا يشترط، وهو المذكور في الكتاب[١١]؛ لأن قليله لا يدعو إلى كثيرة[١٢] كيف ما

---

(١٤) قوله: "محمول على حالة الشدة" أي العسرة والقحط، حيث كره للأغنياء الجمع بين النعمتين، بل يستحب أن يأكل أحدهما ويؤثر الآخر على جاره، حتى لا يشبع هو وجاره جائع، وما روينا من الإباحة محمول على حالة السعة بين الناس، حيث أباح الجمع بين النعمتين، هكذا روى عن ابراهيم النخعي، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام". (ك)

(١) قوله: "وكان ذلك [يعني النهي عن الخليطين. ت] في الابتداء" أي النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان للمسلمين ضيق وشدة. (م)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) انجير.

(٤) قوله: والذرة [جواري]" بالضم وتشديد راء: نام غله كه آنرا ارزن گويند، وبمعنى غله زرت كه آن را بهندى جوار گويند. (غث)

(٥) وإن اشتد وغلا.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قد مر هذا الحديث في أول كتاب الأشربة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٥، والدراية ج٢ ص٢٤٧، الحديث٩٨٩. (نعيم)

(٨) صلّى الله عليه وسلّم.

(٩) قوله: "والمراد بيان الحكم [لا بيان اللغة]" وهو حرمة ما يتخذ من ثمرها، فيكون ما وراءهما مباحًا بالنصوص العامة. (ك)

(١٠) قوله: "ثم قيل يشترط الطبخ فيه [أدنى طبخة]" أي في كل واحد من هذه الأنبذة المتخذة من العسل والتين والحنطة هو الذرة والشعير؛ لأن الأشربة المتخذة من هذه الأشياء بمنزلة نقيع التمر والزبيب، والطبخ شرط فيهما للإباحة، فكذا ههنا. (غن)

(١١) قدوري.

(١٢) قوله: "لأن قليله إلخ" أقول هذا التعليل منظور فيه، فإن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط فيه الطبخ للإباحة بلا خلاف، مع أن قليل ذلك أيضًا لا يدعوا إلى كثيره، كيف ما كان، فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر، كما مر. فالظاهر في التعليل ما في "غاية البيان": وهو أن حال هذه الأشربة دون نقيع التمر والزبيب، فإن نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصله للخمر شرعا، فإن أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال ﷺ: «الخمر من هاتين الشجرتين»، وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر، فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه الأشربة؛ ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيم التمر والزبيب. (نت)

كان[١]، وهل يحد في المتخذ[٢] من الحبوب[٣] إذا سكر منه؟ قيل[٤]: لا يحد[٥]، وقد ذكرنا الوجه[٦] من قبل. قالوا: والأصح أنه يحد، فإنه روى عن محمد[٧] فيمن سكر من الأشربة، أنه يحد من غير تفصيل، وهذا[٨] لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة، بل فوق ذلك.

وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد، فهو على هذا[٩]، وقيل: إن المتخذ من لبن الرماك[١٠] لا يحل عند أبي حنيفة اعتباراً بلحمه؛ إذ هو[١١] متولد منه.

قالوا: والأصح أنه يحل؛ لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه، فلا يتعدى إلى لبنه.

قال[١٢]: وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه حلال وإن[١٣] اشتد[١٤]، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد ومالك والشافعي: حرام[١٥]، وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوى[١٦]، أما إذا قصد به

---

(١) أي مطبوخاً كان أو غير مطبوخ.

(٢) عند الشيخين.

(٣) كالبر والشعير والذرة وغيرها.

(٤) القائل: الفقيه أبو جعفر.

(٥) عند الشيخين.

(٦) قوله: "وقد ذكرنا الوجه" إشارة إلى ما ذكر أن السكران منه بمنزلة النائم، ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك، وهذا لأن النص ورد بالحد في الخمر، وهذا ليس في معناه، فلو وجب الحد فيه لكان بطريق القياس، وذا لا يجوز. (ك)

(٧) قوله: "فإنه روى عن محمد إلخ" هذا لا يناسب، فإن الكلام على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، والمذكور سابقا قولهما، فالتفريع على قولهما.

وأما محمد: فيخالفهما في أصل المسألة، حيث لا يقول: بحل المتخذ من الحبوب، إذا اشتد وغلا، فيجوز أن يقول بالحد إذا سكر منه، وأما هما فيقولان بحل ذلك، فيكون المروى عن محمد حجة في حقهما، ولذا ترك صاحب "الكافي" هذا التعليل، واكتفى بما ذكره المصنف فيما بعد، بقوله: وهذا لأن الفساق إلخ. (نت)

(٨) أي الحد.

(٩) أي قيل: يحد، وقيل: لا يحد، يعني إذا سكر. (غن)

(١٠) ماديان اسپ.

(١١) لبن.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٣) والواو وصلية.

(١٤) وغلا.

(١٥) قليله وكثيره. (غن)

(١٦) -توانا شدن- على الطاعة.

التلهّى لا يحل بالاتفاق.

وعن محمد مثل قولهما(١)، وعنه أنه كره ذلك(٢)، وعنه أنه توقف فيه(٣).

لهم فى إثبات الحرمة قوله عليه السلام*: «كل مسكر خمر(٤)»، وقوله عليه السلام**: «ما أسكر كثيره فقليله حرام(٥)»، ويروى عنه عليه السلام(٦): «ما أسكر الجرة(٧) منه فالجرعة(٨) منه حرام»***، ولأن المسكر يفسد العقل، فيكون حرامًا قليله وكثيره كالخمر.

ولهما قوله عليه السلام****: «حرمت الخمر لعينها(٩)»ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب، خص السكر بالتحريم(١٠) فى غير الخمر، إذ العطف

---

(١) الشيخين.

(٢) قوله: "وعنه أنه كره ذلك" أقول: فيه ضرب إشكال، وهو أنه قد مر فى أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد، وقوله ههنا: وعنه أنه كره ذلك، بعد أن صرح فيما قيل: إنه حرام عند محمد ومالك والشافعى، يقتضى المغايرة بين قول محمد بحرمته، وبين قوله بكراهته، فينافى ما تقرر فى أول الكراهة.

ويمكن أن يقال: إن المراد بالكراهة فى قول المصنف ههنا، وعنه أنه كره ذلك، هو الكراهة التنزيهية، وهى مغايرة للحرمة على قول الكل، فيندفع التنافى بين المقامين. (نت)

(٣) قال: لا أحرمه ولا أبيحه. (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٥، والدراية ج٢ ص٢٤٧، الحديث٩٨٨ . (نعيم)

(٤) «فقليله وكثيره حرام»، تقدم فى أول الباب. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٠١، والدراية ج٢ ص٢٥٠، الحديث ٩٩١ . (نعيم)

(٥) أخرجه النسائى وابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. (ت)

(٦) قوله: "ويروى عنه عليه السلام ما اسكر إلخ" هذه رواية غريبة، ولكن معناها فى حديث عائشة: «ما أسكر»، الفرق فملء الكف منه حرام، أخرجه أبو داود والترمذى. (ت)

(٧) جرة: سبو. (من)

(٨) قوله: "فالجرعة" جرعة -بالضم- مقدار يک آشاميدن از آب وشراب وجز آن. (م)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٠٥ تحت الحديث الثامن، والدراية ج٢ ص٢٥٠ تحت الحديث ٩٩١ . (نعيم)

**** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٠٦، والدراية ج٢ ص٢٥١، الحديث ٩٩٢ . (نعيم)

(٩) قوله: "حرمت الخمر إلخ" أخرجه العقيلى عن عبد الرحمن بن بشر الغطفانى عن أبى اسحاق عن الحرب عن على قال: سألت رسول الله ﷺ عن الأشربة عام حجة الوداع، فقال: «حرم الله الخمر بعينها والسكر من كل شراب»، انتهى. قال: وعبد الرحمن هذا مجهول فى رواية، والنسب وحديثه غير محفوظ، إنما يروى هذا عن ابن عباس مرقوفًا، اهـ. (ت)

(١٠) قوله: "خص [ﷺ] السكر إلخ" تقريره: أنه ﷺ أطلق الحرمة فى الخمر حيث قال: حرمت الخمر لعينها، فاقتضى أن يكون قليلها وكثيرها حرامًا، بخلاف غيرها من الأشربة، فإنه خص السكر بالتحريم فيها، حيث قال: والسكر من كل شراب بواو العطف، ولا شك أن المعطوف غير المعطوف عليه، فيكون ما نحن فيه من الشراب غير الخمر، لا يكون حرامًا إلا بالسكر. (عينى)

للمغايرة[١]؛ ولأن المفسد هو القدح[٢] المسكر[٣]، وهو حرام عندنا[٤]، وإنما يحرم القليل[٥] منه[٦]؛ لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير[٧]، فأعطى[٨] حكمه[٩]، والمثلث لغلظه لا يدعو[١٠]، وهو في نفسه غذاء، فبقى على الإباحة. والحديث الأول[١١] غير ثابت[١٢] على ما بيناه[١٣]، ثم هو محمول على القدح الأخير[١٤]، إذ هو المسكر حقيقة، والذى[١٥] يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ، حتى يرق، ثم يطبخ طبخة، حكمه حكم المثلث؛ لأن صب الماء لا يزيده إلا ضعفًا.

بخلاف ما إذا صب الماء على العصير[١٦]، ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل، لأن

---

(١) قوله: "إذ العطف إلخ" هذا العطف للمغايرة بين الخمر وغيرها فى حرمة العين، وإلا لم يحسن؛ إذ المناسب أن يقال: حرمت المسكرات بعينها، والسكر منها. (أعظمى)

(٢) قوله: "ولأن المفسد" أى للعقل هو القدح المسكر، وهو حرام عندنا فيما سوى الأشربة المحرمة لا ما قبله، فإن قلت: القدح الأخير ليس بمسكر على انفراده، بل بما تقدم، فينبغى أن يحرم ما تقدم أيضًا.

قلت: إن الحرام هو المسكر، وإطلاقه على ما تقدم مجاز، وعلى القدح الأخير حقيقة، وهو مراد فلا يكون المجاز مرادًا. (مل)

(٣) المزيل للعقل. (نت)

(٤) قوله: "وهو [القدح المسكر] حرام عندنا" فيحمل عليه، إذا الحكم يضاف إلى الوصف الأخير من علة ذات أوجه، فيقتصر الحرمة عليه. (زيلعى)

(٥) قوله: "وإنما يحرم إلخ" جواب سوال، هو أن يقال: لما كان المفسد هو القدح المسكر دون ما تقدم، وجب أن يكون فى الخمر كذلك. (ع)

(٦) خمر.

(٧) قوله: "لأنه يدعو إلخ" أقول: فيه أنه يقتضى كون حرمة الخمر معللة، وقد صرح فيما سبق أن حرمته غير معلولة عندنا، ويمكن أن يقال: إن هذا الكلام ههنا على التنزل، والمعنى أنه إنما يحرم القليل منه لورود النص فيه، وهو قوله عليه السلام: «حرمت الخمر» الحديث على خلاف القياس، ولو سلم فلأنه يدعو إلخ، تدبر. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده.

(٨) الكثير.

(٩) القليل.

(١٠) إلى الكثير.

(١١) أى كل مسكر خمر.

(١٢) قوله: "غير ثابت" قال بعض الفضلاء: كان على المصنف أن يتعرض للحديثين الآخرين، ولم يفعل، كأنه يكتفى بمعارضة ما رواه لهما. (نت)

(١٣) إشارة إلى طعن يحيى بن معين. (غن)

(١٤) جواب بطريق التسليم، يعنى ولئن سلمنا أن الحديث صحيح، فجوابه هذا. (غن)

(١٥) قوله: "والذى" وهذا يسمى أبو يوسفى ويعقوبى، فإن أبا يوسف كثيرًا ما كان يستعمل هذا. (ع)

(١٦) أى لا يحل ذلك. (غن)

الماء يذهب أولا للطافته، أو يذهب منهما، فلا يكون[١] الذاهب[٢] ثلثى ماء العنب، ولو طبخ العنب[٣] كما هو ثم يعصر، يكتفى بأدنى طبخة فى رواية عن أبى حنيفة[٤]. وفى رواية عنه[٥]: لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهو الأصح؛ لأن العصير قائم فيه من غير تغير، فصار كما بعد العصر[٦].

ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر[٧]، أو بين التمر والزبيب[٨]، لا يحل حتى يذهب ثلثاه؛ لأن التمر إن[٩] كان يكتفى فيه بأدنى طبخة، فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه، فيعتبر جانب العنب احتياطًا، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر؛ لما قلنا[١٠].

ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة، ثم أنقع فيه تمر أو زبيب، إن كان ما أنقع فيه شيئًا يسيرًا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم

---

(١) قوله: "فلا يكون إلخ" يعنى تارة يذهب الماء للطافته أولا، وتارة يذهب العصير والماء معًا، فلو ذهبا معًا يحل شربه، كما يحل شرب المثلث؛ لأنهما لما ذهبا معا، كان الذاهب من العصير أيضًا ثلثين كالماء، وهناك يجوز شربه، لكن لما لم يتيقن بذهابهما معًا، واحتمل ذهاب الماء أولا للطافته.

قلنا: بحرمة شربه احتياطًا؛ لأنه إذا ذهب الماء أولا، كان الذاهب أقل من ثلثى العصير، وهو حرام عندنا على ما مر، وهو الباذق. (ك)

(٢) أى على القطع والثبات. (ك)

(٣) قوله: "ولو طبخ العنب إلخ" هذه المسائل كلها ذكرت تفريعًا على مسألة المختصر، من قوله ولوطبخ العنب، كما هو. (غن)

(٤) وهى رواية الحسن عنه. (ع)

(٥) وهى رواية ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة. (ع)

(٦) قوله: "فصار كما بعد العصر" يعنى إذا طبخ ماء العنب بعد عصر، العنب لا يحل ما لم يذهب ثلثاه، فكذا إذا طبخ العنب أولا، ثم عصر ماءه لا يحل بالطبخ بعد ذلك، إلا إذا ذهب ثلثاه. (غن)

(٧) أى ماء العنب.

(٨) قوله: "أو بين التمر والزبيب" قال صاحب "غاية البيان": ولنا فى قوله أو بين التمر والزبيب نظر؛ لأن ماء الزبيب كماء التمر، يكتفى فيهما بأدنى طبخة، وقد صرح بذلك القدورى قبل: هذا وهو قوله: نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال، وإن اشتد انتهى، ولعله لهذا غير صاحب "الكافى" عبارته، فقال: ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر، أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه، انتهى.

ويحتمل أن يقع لفظ التمر فى قول المصنف: أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوًا من نفس المصنف، أو من الناسخ الأول، إلا أنه يبقى نوع قصور فى التعليل، الذى ذكره ههنا عن إفادة المدعى فى الصورة الثانية على كل حال، إذ لم يتعرض بالزبيب فى التعليل قط، ووجه تاج الشريعة هذه العبارة، بأن هذا على ما روى هشام فى النوادر عن أبى حنيفة وأبى يوسف، أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ. (نت)

(٩) وصلية.

(١٠) إشارة إلى قوله: فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه. (غن)

يحل، كما إذا صب[١] فى المطبوخ قدح من النقيع، والمعنى[٢] تغليب جهة الحرمة، ولا حد فى شربه؛ لأن التحريم للاحتياط، وهو فى الحد فى درءه[٣]، ولو طبخ الخمر أو غيره[٤] بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل؛ لأن الحرمة قد تقررت، فلا ترتفع بالطبخ.

قال[٥]: ولا بأس بالانتباذ فى الدُبّاء[٦] والحنتَم والمزفّت[٧]؛ لقوله عليه السلام فى حديث فيه طول[٨] بعد ذكر هذه الأوعية: «فاشربوا فى كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئًا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر»*، وقال[٩]: ذلك[١٠] بعد ما أخبر عن النهى عنه[١١]، فكان[١٢] ناسخًا له[١٣]، وإنما ينتبذ فيه[١٤] بعد[١٥] تطهيره[١٦].

---

(١) فلا يحل.

(٢) أى العلة.

(٣) حد.

(٤) قوله: "أو غيره [من الأشربة المحرمة]" أراد بقوله غيره سائر الأشربة المحرمة، كالعصير الذاهب أقل من ثلثيه، ونقيع التمر والزبيب، يعنى إذا اشتد أحد هذه الأشربة، ثم طبخ بعد الاشتداد، فذهب ثلثاه لا يحل؛ لأن النار أثرها فى دفع الحرمة لا فى رفعها، ولكن معن هذا لا يجب الحد فى شربه قبل السكر؛ لأن الخمر هو النى من ماء العنب، وهذا مطبوخ، فلا يكون شاربه شارب الخمر، وقد مر ذلك. (غن)

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٦) قوله: "فى الدباء إلخ" الدباء القرع جمع دباءة، والحنتم جرار حمر، أو حضر، يحمل فيها الخمر إلى المدينة، والواحدة الحنتمة، والمزفت هو الظرف المطلى بالزفت وهو القير. (ع)

(٧) قير اندود.

(٨) قوله: "فى حديث فيه طول" روى محمد فى "كتاب الآثار" عن النبى ﷺ أنه قال: «نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرًا»، فقد أذن محمد فى زيارة قبر أمه، وعن لحوم الأضاحى أن تمسكوها فوق ثلاثة أيام فامسكوها ما بدا لكم وتزودوا، فإنما نهيتكم ليوسع موسعكم على فقيركم، وعن النبيذ فى الدباء والحنتم والمزفت، فاشربوا فى كل ظرف، فإن الظرف لايحل شيئًا ولا يحرمه، ولا تشربوا المسكر، قال أبو عبيد عن الأصمعى: الهجر: الإفحاش فى المنطق. (غاية البيان)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٠٩، والدراية ج٢ ص٢٥٣، الحديث٩٩٤ . (نعيم)

(٩) أى عليه السلام.

(١٠) الحديث.

(١١) قوله: "عن النهى عنه إلخ" اعلم أن هذه الظروف كانت مختصة بالخمر، فإذا حرمت الخمر، حرم النبى عليه السلام استعمال هذه الظروف، إما لأن فى الاستعمال بها تشبها بشرب الخمر، وإما لأن هذه الظروف كانت فيها أثر الخمر، فلما مضت مدة، أباح النبى عليه السلام استعمال هذه الظروف، فإن أثر الخمر قد زال عنها، وأيضًا فى ابتداء تحريم شيء يبالغ ويشدد؛ ليترك الناس مرة، فإذا ترك الناس واستقر الأمر يزول التشدد بعد حصول المقصود. (شرح وقاية)

(١٢) هذا الفعل.

(١٣) للنهى.

فإن كان الوعاء عتيقًا[١] يغسل ثلاثًا فيطهر[٢]، وإن كان جديدًا لا يطهر[٣] عند محمد؛ لتشرب الخمر فيه، بخلاف العقيق.

وعند أبي يوسف يغسل ثلاثًا[٤]، ويجفّف في كل مرة، وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر[٥]. وقيل: عند أبي يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى، حتى إذا خرج الماء صافيًا غير متغير[٦] يحكم بطهارته[٧].

قال[٨]: وإذا تخللت الخمر حلت، سواء صارت خلا بنفسها، أو بشيء يطرح فيها[٩]، ولا يكره تخليلها.

وقال الشافعي: يكره التخليل، ولا يحل الخل الحاصل به، إن كان التخليل بإلقاء شيء فيه[١٠] قولا واحدًا[١١]، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه[١٢]، فله في الخل الحاصل به قولان[١٣]. له أن في التخليل اقترابًا من الخمر على وجه التمول، والأمر بالاجتناب[١٤] ينافيه.

---

(١٤) أي في ظرف من هذه الظروف.

(١٥) أي إن كان فيه خمر.

(١٦) قوله: "تطهيره" أي تطهير كل واحد من الدباء والحنتم والمزفت. (غاية البيان)

(١) قوله: "فإن كان الوعاء إلخ" إن انتبذ في هذه الأوعية قبل استعمالها في الخمر، لا إشكال في حله وطهارته، وإن استعمل فيها الخمر، ينظر فإن كان الوعاء عتيقًا إلخ . (زيلعي)

(٢) بالاتفاق بين الصاحبين، سواء غسل متواليًا أو لا.

(٣) أبدًا. (غن)

(٤) الجديد.

(٥) قوله: "وهي مسألة إلخ" أي مسألة تطهير الوعاء مسألة ما لا ينعصر بالعصر، والخلاف فيها مشهور في المختلف. (غاية البيان)

(٦) لونًا، أو طعمًا، أو رائحةً. (زيلعي)

(٧) ولا حاجة إلى أن يجفف كل مرة.

(٨) القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) كالملح والخل. (زيلعي)

(١٠) كالملح وغيره. ((م)

(١١) قوله: "قولا واحدًا" لأن ما يلقى في الخمر يتنجس بأول الملاقات، وما يكون نجسا لا يفيد الطهارة، بخلاف ما إذا تخللت بنفسها؛ لأنه لم يوجد فيه شيء تنجس بالملاقاة. (زيلعي)

(١٢) بالنقل من ظل إلى شمس، أو إيقاد النار بالقرب منها. (زيلعي)

(١٣) في قول: لا يحل، وفي قول: يحل. (غن)

(١٤) عن الخمر.

ولنا قوله عليه السلام*: «نعم الإدام الخل[٢]» من غير فصل، وقوله عليه الصلاة والسلام: «خير خلكم خل خمركم»**، ولأن بالتخليل يزول الوصف المفسد[٣]، وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة، والتغذى به، والإصلاح مباح[٤]، وكذا الصالح للمصالح[٥] اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ[٦]، والاقتراب[٧] لإعدام الفساد[٨]، فأشبه الإراقة[٩]، والتخليل أولى[١٠]، لما فيه[١١] من إحراز مال يصير حلالا فى الثانى[١٢]، فيختاره[١٣] من ابتلى به[١٤]. وإذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الإناء، فأما أعلاه وهو الذى نقص منه الخمر[١٥]، قيل: يطهر تبعا، وقيل: لا يطهر؛ لأنه خمر يابس إلا إذا غسل[١٦] بالخل،

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣١٠، والدراية ج٢ ص٢٥٢، الحديث ٩٩٣ . (نعيم)

(٢) قوله: "نعم الإدام [نانخورش] الخل" روى جابر عن رسول الله ﷺ أنه سأل أهله الإدم، فقالوا ما عندنا إلا خل، فدعى به، فيجعل يأكل به، ويقول: «نعم الإدام الخل» رواه أحمد ومسلم، والحديث عام يتناول كل ما يطلق عليه اسم الخل. (غن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص ٣١١ تحت الحديث الحادى عشر، والدراية ج٢ ص٢٥٢ تحت الحديث ٩٩٣ عن رواية جابر مرفوعا. (نعيم)

(٣) أى إزالة العقل.

(٤) أى إصلاح المفسد.

(٥) قوله: "وكذا الصالح إلخ" أما قوله عليه السلام: «لا يتخذ الخمر خلا»، فمعناه لا تستعملوا الخمر استعمال الخل، أى لا تضعه على الموائد، كما يوضع الخل. (كف)

قوله: "وكذا [أى مباح] الصالح [وهو الخل. ك] للمصالح" [كتسكين الصفراء، وكسر الشهوة والائتدام به. (غن)] يجوز أن يكون معناه الخل صالح للمصالح، والصالح للمصالح مباح. (م)

(٦) أى دباغ جلد الميتة.

(٧) قوله: "والاقتراب" جواب عن قوله أن فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول. (م)

(٨) أى لإبطال صفة الخمرية. (ك)

(٩) قوله: "فأشبه الإراقة [أى إراقة الخمر]" أى يجوز إراقة الخمر بالإجماع، وفى إراقتها اقترابها لا محالة، فعلم أن ما قاله الخصم ضعيف، فإذا كانت الإراقة جائزة؛ لأنها إعدام المفسد، فالتخليل أولى؛ لأنه إعدام المفسد، وصيانة العين عن التلف. (غن)

(١٠) أى بأن يكون مباحا من الإراقة. (ك)

(١١) بيان ما.

(١٢) أى المآل، أى الزمان الثانى. (غن)

(١٣) قوله: "فيختاره" أى فيختار التخليل على الإراقة. (ك)

(١٤) أى من ابتلى بالخمر، كما إذا ورث الخمر مثلا. (غن)

(١٥) قبل صيرورته خلا.

فيتخلل[١] من ساعته فيطهر[٢]، وكذا إذا صب منه[٣] الخمر، ثم ملئ[٤] خلا، يطهر في الحال على ما قالوا.

قال[٥]: ويكره شرب دُرديّ[٦] الخمر، والامتشاط به[٧]، لأن فيه أجزاء الخمر[٨]، والانتفاع بالمحرم حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوى به[٩] جرحًا، أو دبرة دابة[١٠]، ولا أن يسقى ذميًا، ولا أن يسقى صبيًا للتداوي[١١]، والوبال على من سقاه. وكذا لا يسقيها الدواب[١٢]، وقيل[١٣]: لا تحمل[١٤] الخمر إليها[١٥]، أما إذا قيدت[١٦] إلى الخمر فلا بأس به، كما في الكلب والميتة[١٧]، ولو ألقى الدردي في الخل لا بأس به، لأنه يصير خلا[١٨]، لكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه؛ لما قلنا[١٩].

قال[٢٠]: ولا يحد شاربه أي شارب الدردي، إن لم يسكر، وقال الشافعي:

---

(١٦) أعلاه.

(١) الخمر الذي هناك.

(٢) أعلاه.

(٣) إناء.

(٤) پر كرده شود.

(٥) أي في "الجامع الصغير". غن)

(٦) قوله: "دُرديّ [هو ما يبقى في أسفله]" بالضم: آنچه بتگ نشيند از مائع همچو روغن زيت وغير آن خلاف صافي. (من)

(٧) قوله: "والامتشاط [موى را شانه كردن. م] به" وإنما خص الامتشاط؛ لأن له تأثيرًا في تحسين الشعر. (غن)

(٨) وامتشاط المرأة به انتفاع.

(٩) خمر.

(١٠) قوله: "أو دبرة" الدبرة واحد الدبر، والدبر واحد أدبار الإبل، وهو عقر الرجل. (ديوان)
قوله: "أو دبرة" دبره -بفتحتين- ريش شدن ستور. (م)

(١١) قوله: "ولا أن يسقى صبيًا" لأن فيه اقترابًا بالخمر، وهو مأمور بالاجتناب عنه. (عيني)

(١٢) لأنه انتفاع بالخمر، وهو حرام. (غن)

(١٣) القائل الفقيه أبو جعفر. (غن)

(١٤) كيلا يصير حاملا للنجاسة من غير حاجة. (غن)

(١٥) دواب.

(١٦) الدواب، قود -بالفتح- از پيش كشيدن ستور وجز آن. (م)

(١٧) قوله: "كما في الكلب والميتة" فلا تحمل الميتة إلى الكلب، ولو قيد الكلب إلى الميتة يجوز. (كف)

(١٨) لأن ما فيه من أجزاء الخمر يصير خلا، ولا بأس بتخليل الخمر. (غن)

(١٩) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: كما في الكلب والميتة. (كفاية)

(٢٠) في "الجامع الصغير". (غن)

يحد؛ لأنه شرب جزءا من الخمر[١].

ولنا أن قليله لا يدعوا إلى كثيره؛ لما في الطباع من النبوة[٢] عنه، فكان ناقصا[٣]، فأشبه غير الخمر من الأشربة، ولا حد فيها إلا بالسكر، ولأن الغالب عليه الثفل[٤]، فصار كما إذا غلب عليه الماء[٥] بالامتزاج.

ويكره الاحتقان بالخمر[٦]، وإقطارها[٧] في الإحليل[٨]؛ لأنه انتفاع بالمحرم، ولا يجب الحد[٩] لعدم الشرب، وهو السبب[١٠]، ولو جعل الخمر في مرقة[١١]، لا تؤكل لتنجسها بها، ولا حد[١٢] ما لم يسكر منه؛ لأنه أصابه الطبخ[١٣]، ويكره أكل خبز[١٤] عجن عجينه[١٥] بالخمر؛ لقيام أجزاء الخمر[١٦] فيه.

فصل في طبخ العصير[١٧]

الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار[١٨]، وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن، ويعتبر

---

(١) فيجب الحد. (ع)

(٢) دور شدن. (م)

(٣) والنقصان يورث الشبهة، والحدود تندرئ بالشبهات. (غ)

(٤) قوله: "الثفل [هو ما بقي من أسفله]" بالضم: درديكه بته نشيند، كذا في "القاموس" وفي "الصراح": آنچه بتگ نشيند از هر چيز. (م)

(٥) قوله: "كما إذا غلب عليه [خمر] الماء إلخ" حيث لا يحد إذا كان الماء هو الغالب. (عيني)

(٦) ذكره تفريعاً على مسألة "الجامع الصغير". (غ)

(٧) چكانيدن.

(٨) سوراخ ذكر.

(٩) بهذا العمل.

(١٠) للحد.

(١١) شوربا.

(١٢) إذا شرب من تلك المرقة.

(١٣) فليس بخمر، فإنه هو النيء من ماء العنب.

(١٤) ذكر المسألة أيضاً تفريعاً. (غ)

(١٥) قوله: "عجن [عجين خمير. م]" بالفتح: خمير كردن، وسرشتن هر چيزى. (منتخب)

(١٦) قوله: "لقيام أجزاء الخمر [فهذا الخبز نجس كما لو عجن بالبول. غ]" والعجين النجس لا يطهر بالخبز فلا يحل أكله. (ك)

(١٧) قوله: "فصل في طبخ العصير" لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه، شرع بذكر كيفية طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه، ثم اعلم أن ما في هذا الفصل ليس بمذكور في "الجامع الصغير" و"مختصر القدوري"، وقد ذكر تفريعاً على ما ذكر قبل هذا، وإنما هو مذكور في "المباسيط". (غ)

(١٨) قوله: "ما ذهب إلخ" أي ما خرج من القدر من شدة الغليان، وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن. (ك)

ذهاب ثلثي ما بقى ليحل الثلث الباقى، بيانه عشرة دوارق[١] من عصير طبخ[٢]، فذهب[٣] دورق بالزبد، يطبخ الباقى، حتى يذهب ستة دوارق، ويبقى الثلاث فيحل؛ لأن الذى يذهب زبدا هو العصير، أو ما يمازجه[٤]، وأيًا ما كان جعل[٥] كان العصير تسعة دوارق، فيكون ثلثها ثلاثة.

وأصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ، ثم طبخ بماءه، إن كان الماء أسرع ذهابا لرقته[٦]، ولطافته يطبخ الباقى بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء[٧]، حتى يذهب ثلثاه؛ لأن الذاهب الأول هو الماء.

والثاني العصير، فلا بد من ذهاب ثلثي العصير، وإن كانا يذهبان معًا تغلى[٨] الجملة، حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها، فيحل؛ لأنه ذهب الثلثان ماءً وعصيرًا، والثلث الباقى ماء وعصير، فصار كما إذا صب الماء فيه[٩] بعد ما ذهب[١٠] من العصير بالغلى ثلثاه.

بيانه عشرة دوارق من عصير، وعشرون دورقًا من ماء، ففى الوجه الأول يطبخ[١١]، حتى يبقى تسع الجملة[١٢]، لأنه ثلث العصير، وفى الوجه الثانى[١٣] حتى

(١) قوله: "عشرة دوارق [دورق -بفتح دال- پيمانه شراب. م]" الدورق مكيال للشراب يسعه أربعة أمناء، وهو أعجمى. (ك)

(٢) قوله: "من عصير [فى القدر] إلخ" أى عشرة دوراق عصير صب فى قدر، فطبخ فتغلى، وتقذف بالزبد، فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى الزبد جمع من ذلك الزبد قدر دورق يطبخ الباقى. إلخ. (غن)

(٣) بالغليان والقذف بالزبد.

(٤) من الثفل والتراب والدردى. (عينى)

(٥) قوله: "وأيًا ما كان إلخ" أقول: فيه شيء، وهو أن جعل العصير تسعة دوارق، على تقدير أن يكون الذاهب زبدا هو العصير، غير ظاهر، إذ لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق، وبين الباقى منها فى كونهما عصيرًا، فإذا جاز اعتبار بعض منها، وهو الذاهب زبدا فى حكم العدم بلا أمر يوجبه، فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضًا فى حكم العدم عند ذهابه بالطبخ.

والأظهر فى تعليل هذا أن يقال: إن الذى يذهب بالزبد جعل كأن لم يكن؛ لأن الزبد ليس بعصير، فصار كما لو صب فيه دورق من ماء، ولو كان كذلك لم يعتبر الماء، فكذلك هذا. (نت)

(٦) قوله: إن كان الماء إلخ" قال فى "النهاية": كان محمد علم أن العصير على نوعين: منه ما لو صب الماء فيه وطبخ يذهب الماء أولا، ومنه ما إذا صب فيه يذهبان فيه معًا، ففصل الجواب فيه تفصيلا. (عناية)

(٧) بيان ما.

(٨) إغلاء: جوشانيدن.

(٩) عصير.

(١٠) فهذا يحل، فكذا هذا.

(١١) قوله: "ففى الوجه الأول" وهو ما إذا كان الماء أسرع ذهابًا. (كف)

يذهب[١] ثلثا الجملة[٢]؛ لما قلنا[٣].

والغلى[٤] بدفعة ودفعات، سواء إذا حصل[٥] قبل أن يصير محرمًا[٦]، ولو قطع عنه النار[٧]، فغلى حتى ذهب الثلثان يحل؛ لأنه أثر النار، وأصل آخر[٨] أن العصير إذا طبخ، فذهب[٩] بعضه[١٠]، ثم أهريق بعضه[١١] كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان، فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقى بعد المنصب[١٢]، ثم تقسمه[١٣] على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء، فما يخرج بالقسمة، فهو حلال. بيانه عشرة أرطال عصير طبخ، حتى ذهب رطل، ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله[١٤]، وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقى

---

(١٢) وهو ثلاثة وثلث. (كف)

(١٣) قوله: "وفى الوجه الثانى" أى فيما إذا كان يذهب الماء والعصير معًا يطبخ حتى إلخ.

(١) ويبقى ثلثه أى عشر. (ك)

(٢) أى عشرون.

(٣) قوله: "لما قلنا" من أنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء، والباقى ثلث العصير وثلث الماء، فهذا وما لو صب الماء فى العصير بعد ما طبخه حتى يذهب ثلثاه سواء. (كفاية)

(٤) بالفتح: جوشيدن ديگ وجز آن. (م) أى جوش دادن شيره. (ترجمه)

(٥) الغلى.

(٦) أى قبل أن يصير العصير محرمًا. (غن)

(٧) قوله: "ولو قطع إلخ" مثاله لو طبخ الرجل عصيرًا، حتى يذهب ثلاثة أخماسه، وبقى خمساه، ثم قطع عنه النار، فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين، فلا بأس بذلك؛ لأنه صار مثلثا بقوة النار، فإن الذى بقى من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو، وما لو صار مثلثًا والنار تحته سواء.

وهذا بخلاف ما برد قبل أن يصير مثلثًا، ثم غلا واشتد، حتى ذهب بالغليان منه شيء، فإنه لا يحل؛ لأن الغليان بعد ما انقطع عنه أثر النار لا يكون إلا بعد الشدة، وحين اشتد صار محرمًا. (ع)

(٨) قوله: "وأصل آخر إلخ" الأصل الأول الذى ذكره فى بيان أن ما ذهب بالزبد لا يعتبر، والأصل الثانى فيما إذا صب فيه الماء، وبيان ذلك مر، وهذا الأصل فى بيان معرفة قدر طبخ البقية بعد إراقة البعض بعد ما ذهب بعضه بالطبخ. (غن)

(٩) بالطبخ.

(١٠) معلومًا.

(١١) معلومًا.

(١٢) أى بعد ريختن بعض. (ترجمه)

(١٣) أى حاصل الضرب.

(١٤) قوله: "تأخذ إلخ" وذلك لأن الرطل الذى ذهب بالطبخ ليس بذاهب حقيقة، بل هو قائم، ولكن تداخل أجزاءه فى أجزاء الباقى، فيزاحمه، فيراجع أجزاء الرطل إلى أجزاء البقية، وهو تسعة أرطال، فيكون مع كل رطل تسع رطل، فإذا أنصب منه ثلاثة أرطال، فقد أنصب ثلاثة أرطال، وثلاثة اتساع رطل، فيكون الباقى ستة أرطال، وستة أتساع رطل، ولو كان هذا حقيقة يطبخ، حتى يبقى رطلان، وتسعارطل، كذا ههنا. (ك)

بعد المنصب[١]، وهو ستة، فيكون عشرين، ثم تقسم العشرين على ما بقى بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء، وذلك تسعة، فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان، فعرفت أن الحلال ما بقى منه رطلان وتسعان[٢]، وعلى هذا تخرج المسائل، ولها طريق آخر[٣]، وفيما اكتفينا به كفايةً وهدايةٌ[٤]، إلى تخريج غيرها من المسائل، والله أعلم بالصواب.

كتاب الصيد[٥]

الصيد[٦]: الاصطياد، ويطلق على ما يصاد، والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم[٧] فاصطادوا[٨]﴾، ولقوله عز وجل: ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرمًا[٩]﴾.

وقوله عليه السلام لعدى بن حاتم الطائى رضى الله تعالى عنه[١٠]: «إذا أرسلت

---

(١) أى بعد ريختن. (ترجمه)

(٢) لرطل.

(٣) قوله: "ولها طريق آخر" وهو أن الذى ذهب بالطبخ ذاهب من الحرام؛ لأنه إنما يطبخ ليذهب حرامه، ويبقى حلاله، فثلثا عشرة أرطال حرام، وهو ستة أرطال وثلثا رطل، فإذا أهريق ثلثه، فهذا من الحلال والحرام جميعاً؛ لأنه لا تعلق للذاهب حسا بالحلال، أو بالحرام، فكان الذاهب منهما على السواء، فذهب من الحلال ثلثه، وهو رطل وتسع رطل، فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل. (ك)

(٤) قوله: "كفايةً وهدايةٌ" قلت: فيه إيهام لطيف لكتابيه المسمّى أحدهما بـ"كفاية المنتهى"، والآخر بـ"الهداية". (تت)

(٥) قوله: "كتاب الصيد" مناسبة كتاب الصيد بكتاب الأشربة من حيث إن كل واحد من الأشربة والصيد مما يورث السرور، إلا أنه قدم الأشربة لحرمتها؛ اعتباراً بالاحتراز عنها، ومجانبته ومحاسن المكاسب. (عناية)

قوله: "الصيد" هو لغةً: الاصطياد، وقد سمى المصيد صيداً، تسمية بالمصدر، والاصطياد مباح لغير المحرم فى غير الحرم، بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ أمر بالاصطياد، وأدنى درجات الأمر الإباحة. والسنة قوله عليه السلام: «الصيد لمن أخذه»، ففى هذا بيان أن الاصطياد مباح مشروع؛ لأن الملك حكم مشروع، فسببه يكون مشروعًا، ويستوى إن كان الصيد مأكول اللحم، أو غير مأكول اللحم، لما فى اصطياده من تحصيل منفعة جلده أو شعره أو دفع أذاه عن الناس. (ك)

(٦) قوله: "الصيد [هو أخذ الصيد كالاحتطاب أخذ الحطب.نت] إلخ" يعنى أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد، وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو أخذ الحطب، ثم يراد به ما يصاد مجازا؛ إطلاقًا لاسم المصدر على المفعول، وهو الممتنع المتوحش عن الآدمى بأصل الخلقة، مأكولا كان أو غير مأكول. (غاية البيان)

(٧) أى خرجتم عن الإحرام.

(٨) الأمر للإباحة.

(٩) قوله: "ما دمتم حرمًا" التحريم إلى غاية، فاقتضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية، كذا قالوا. (تت)

(١٠) قوله: "لعدى بن حاتم إلخ" قلت: أخرجه الأئمة الستة عنه قال: قلت: يا رسول الله! إنى أرسل كلبى وأسمى، فقال: «إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه»، قلت: إنى أرسل كلبى أجد معه كلبًا آخر، لا أدرى أيهما أخذه، فقال: «لا تأكل فإنما سميت على كلبك ولم تسمّ على كلب آخر»، اهـ.(غن)

كلبك المعلّم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسكه على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسمّ على كلب غيرك»* . وعلى إباحته انعقد الإجماع، ولأنه[١] نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك[٢]، وفيه استبقاء المكلف[٣]، وتمكنه من إقامة التكاليف[٤]، فكان مباحًا[٥] بمنزلة الاحتطاب.

ثم جملة ما يحويه الكتاب[٦] فصلان: أحدهما: في الصيد بالجوارح[٧]، والثاني: في الاصطياد بالرمي.

فصل في الجوارح[٨]

قال[٩]: يجوز الاصطياد بالكلب المعلّم والفهد[١٠] والبازي[١١]، وسائر الجوارح المعلّمة[١٢]. وفي "الجامع الصغير"[١٣]: وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع، وذي مخلب من الطيور، فلا بأس بصيده[١٤]، ولا خير فيما سوى ذلك[١٥]، إلا أن

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٢، والدراية ج٢ ص٢٥٤، الحديث ٩٩٥. (نعيم)

(١) استدلال المعقول. (ع)

(٢) قوله: "بما هو مخلوق لذلك [أي بالصيد الذي هو مخلوق للانتفاع. ك]" لأن ما سوى الآدمي خلق لمصالح الآدمي. (عيني)

(٣) قوله: "وفيه [أي في الانتفاع بالشيء المخلوق للانتفاع. غن] استبقاء إلخ" لأنه لو لم ينتفع بما فيه نفعة، لهلك، ولا يتمكن من إقامة التكاليف. (عيني)

(٤) قوله: "وتمكنه من إقامة التكاليف" كان ينبغي أن يكون واجبًا كوجوب التكاليف، لكن كونه غير متعين أوجب الإباحة، بخلاف الخروج من الصلاة، فإنه متعين؛ لأنه وسيلة لإقامة فرض آخر، فكان واجبًا. (كفاية)

(٥) تفريع على كونه نوع اكتساب.

(٦) أي كتاب الاصطياد. (ك)

(٧) كالكلاب والفهود والصقور. (ك)

(٨) قوله: "فصل في الجوارح" قدم فصل الجوارح على فصل الرمي؛ لما أن آلة الصيد ههنا حيوان، وفي الرمي جماد، والفاضل مقدم على المفضول. (ع)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٠) يوز، المعلّم. (م)

(١١) المعلّم.

(١٢) قوله: "وسائر الجوارح المعلّمة" كالشاهين والباشق والعقاب والصقر. (زيلعي)

(١٣) قوله: "وفي الجامع الصغير إلخ" إنما أورد رواية "الجامع الصغير"؛ لأن رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير، ورواية "الجامع الصغير" تدل على الإثبات والنفي جميعًا. (عناية)

(١٤) قوله: "فلا بأس بصيده" إنما ذكر بلفظة لا بأس؛ لأن قوله تعالى: ﴿وما علّمتم من الجوارح﴾ قد خص منه البعض، كالدب والخنزير وغير ذلك، والنص إذا خص منه البعض يكون الباقي منه دون خبر الواحد، فيكون ظنيا، فتمكن

تدرك ذكاته[١]. والأصل فيه[٢] قوله تعالى: ﴿وما علّمتم[٣] من الجوارح مكلّبين[٤]﴾، والجوارح الكواسب[٥] في تأويل[٦]، والمكلبين المسلطين[٧]، فيتناول الكل بعمومه[٨]، دل عليه ما روينا[٩] من حديث عدي رضي الله تعالى عنه، واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع[١٠] حتى الأسد[١١].

وعن أبي يوسف[١٢] أنه استثنى من ذلك الأسد والدب[١٣]؛ لأنهما لا يعملان لغيرهما، الأسد لعلو همته[١٤]، والدب لخساسته[١٥]، وألحق بهما بعضهم الحدأة[١٦]

فيه الشبهة، فلذلك قال: لا بأس به.

واعلم أن حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط: منها أن يكون الصائد من أهل الذكاة، وذا بأن يعقل الذبح والتسمية، حتى لا يؤكل صيد الصبي والمجنون إذا لم يعقلا الذبح والتسمية، وأن يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقاداً كالمسلم أو دعوى لا اعتقاداً كالكتابي، كما مر في الذبائح، وأن يكون ما يصطاد به معلّماً، أن يكون جارحًا. (ك)

(١٥) قوله: "ولا خير فيما سوى ذلك" أي لا خير فيما سوى المعلّم من ذي ناب، والمعلّم من ذي مخلب، يعني إذا أخذ كلب غير معلّم صيداً، فلا خير فيه، إلا أن تدرك إلخ. (عيني)

(١) فيذكيه. (ك)

(٢) أي في جواز الاصطياد بالمذكورة. (م)

(٣) قوله: "وما علّمتم من الجوارح" أي وصيد ما علّمتم من الجوارح، وهو عطف على الطيبات، أي أحل لكم الطيبات، وصيد ما علّمتم من الجوارح، وفي معنى الجوارح قولان: أحدهما: أن يكون جارحاً حقيقة بنابه أو مخلبه، فيكون من الجرح بمعنى الجراحة. والثاني: الكواسب، كقوله تعالى: ﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾ أي كسبتم، ويمكن حمله عليهما، ويشترط أن يكون من الكواسب التي تجرح ليعمل بالجرح بيقين، والمكلب مؤدب الكلاب ومعلّمها، ثم عم في كل من أدب جارحة، بهيمة كانت أو طائراً. (ك)

(٤) مؤدبين الكلاب.

(٥) قوله: "الكواسب [للصيد. (غ) من سباع البهائم والطير. ع]" كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي، سميت بذلك؛ لأنها كواسب بنفسها، يقال: جرح واجترح إذا كسب. (عيني)

(٦) قوله: "في تأويل" إنما قيد به؛ لأنها في تأويل آخر هي التي تجرح من الجراحة. (غ)

(٧) للجوارح على الصيد. (غ)

(٨) قوله: "فيتناول [أي كل السباع] إلخ" لكن لما كان التاديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه. (م)

(٩) قوله: "دل عليه إلخ" المعنى دل على تناول الكل من رويناه من حديث عدي، وبينه بقوله، واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد. (نت)

(١٠) قوله: "يقع إلخ" الكلب في اللغة الحريص على الإهلاك والسبع أيضاً القوى المهلك. (عظمي)

(١١) قوله: "حتى الأسد" ألا ترى أن النبي ﷺ قال في عتبة بن أبي لهب: «اللهم سلط عليه كلباً من كلابك»، فسلط عليه الأسد فقتله. (غ)

(١٢) متعلق بقوله: فيتناول الكل بعمومه. (م)

(١٣) خرس.

(١٤) فلا يعمل لغيره. (غ)

(١٥) قلما يعمل لغيره. (غ)

لخساسته، والخنزير مستثنى[١]؛ لأنه نجس العين، فلا يجوز الانتفاع به[٢]، ثم لا بد من التعليم؛ لأن ما تلونا من النص[٣] ينطق باشتراط التعليم[٤] والحديث به[٥] وبالارسال؛ ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له[٦]، فيترسل بإرساله، ويمسكه عليه[٧].

قال[٨]: وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات[٩]، وتعليم البازى أن يرجع[١٠]، ويجيب إذا دعوته، وهو مأثور* عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما[١١]، ولأن بدن البازى لا يحتمل الضرب، وبدن الكلب يحتمله، فيضرب ليتركه[١٢]، ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة[١٣]، والبازى[١٤] متوحش[١٥]

---

(١٦) بروزن عنبة: غليواز.

(١) من عموم الآية.

(٢) كالاصطياد.

(٣) وهو قوله تعالى: ﴿وما علّمتم من الجوارح﴾. (ك)

(٤) قوله: "ينطق إلخ" أقول: فيه شبهة؛ لأن كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم، وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم والإرسال مما لا كلام فيه، وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم، وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم، وباشترط الأثر أيضًا، فليس بظاهر، وإنما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندنا، في الأدلة الشرعية. (نت)

(٥) أي باشتراط التعليم وبالإرسال.

(٦) أي للمرسل.

(٧) أي يمسك الصيد على صاحبه، لا على نفسه.

(٨) أي القدورى في "مختصره".

(٩) قوله: "ثلاث مرات" قال في "كتاب الأصل": إذا أخذ الصيد فلم يأكل، وأخذ الآخر فلم يأكل، ثم صار الثالث فلم يأكل، فهو معلّم، والتعليم عندنا أن يرسل ثلاث مرات، كل مرة يقتل الصيد، ولم يأكل منه. (مختصر كرخى)

(١٠) والأكل منه عفو. (غن)

* انظر نصب الراية ج٤ ص٣١٤ في "فصل في الجوارح"، وراجع الدراية ج٢ص٢٥٤ تحت الحديث٩٩٥. (نعيم)

(١١) قوله: "وهو مأثور [قلت: غريب. ت] إلخ" وهو ما روى محمد في "كتاب الآثار" وقال: أخبرنا أبوحنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: «ما أمسك عليك كلبك إن كان عالمًا فكل فإن أكل فلا تأكل منه فإنما أمسكه على نفسه وأما الصقر والبازى فكل وإن أكل فإن تعليمه إذا دعوته أن يجيبك»، ولا تستطع ضربه حتى تدع الأكل، قال محمد: وبه نأخذ، وهو قول أبى حنيفة، إلى ههنا لفظ "كتاب الآثار". (غن)

(١٢) إذا أكل من الصيد. (نت)

(١٣) فإن حقيقة العلم والجهل في هذه الحيوانات باطن، لا نقف عليه. (غن)

(١٤) قوله: "والبازى إلخ" قيل: فيه نظر؛ لأن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر، فإنه متوحش كالبازى، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء، فالمعتمد هو الأول، وليس بوارد، لأنه إنما ذكره فرقًا بين الكلب والبازى لا غير، وذلك صحيح، وإذا أريد الفرق عمومًا، فالمعتمد هو الأول. (ع)

متنفر[١]، فكانت الإجابة آية تعليمه.

أما الكلب فهو ألوف[٢] يعتاد الانتهاب[٣]، فكان آية تعليمه ترك مألوفه، وهو[٤] الأكل والاستلاب[٥]، ثم شرط[٦] ترك الأكل ثلاثًا، وهذا عندهما، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى، لأن فيما دونه مزيد الاحتمال، فلعله[٧] ترك مرة، أو مرتين شبعًا[٨]، فإذا تركه ثلاثًا دل على أنه[٩] صار عادة له. وهذا[١٠] لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار[١١]، وإبلاء الأعذار[١٢]، كما في مدة الخيار[١٣]، وفي بعض قصص الأخيار، ولأن الكثير هو الذي يقع أمارة على العلم[١٤] دون القليل، والجمع هو الكثير، وأدناه الثلاث، فقدر[١٥] بها[١٦]. وعند أبي حنيفة على ما ذكر في "الأصل"[١٧]، لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلّم، ولا يقدر بالثلاث؛ لأن المقادير لا تعرف اجتهادًا، بل نصًا وسماعًا، ولا سمع، فيفوض إلى رأي المبتلى به، كما هو أصله في جنسها[١٨].

---

(١٥) توحش: رميده شدن.

(١) تنفر: رميدن. (م)

(٢) بسيار الفت گيرنده.

(٣) غارت كردن، فإن عادته أكل ما ظفر به، فإذا ترك الأكل، فقد ترك عادته. (غن)

(٤) مألوف.

(٥) استلبه: ربود آن را. (من)

(٦) القدوري

(٧) الفاء للتعليل.

(٨) بالفتح: سيرى وسير شدن از طعام. (م)

(٩) ترك.

(١٠) أي التقدير بالثلاث.

(١١) قوله: "لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار [اختبار: آزمودن]" وفي "المبسوط": فقدرنا ذلك بالثلاث؛ لأنه حسن للاختبار، والأصل فيه قصة موسى عليه السلام مع معلّمه حيث قال في الثالثة، هذا فراق بيني وبينك، وكذا الشرع قدر مدة الخيار بثلاثة أيام للاختبار، وقال عليه السلام: «إذا استأذن أحدكم ثلاثًا فلم يؤذن فليرجع»، وقال عمر رضي الله تعالى عنه: "إذا لم يربح أحدكم في التجارات ثلاث مرات فليتحول إلى غيرها". (ك)

(١٢) قوله: "وإبلاء" أبلاه عذرًا: ظاهر كرد بر وى عذر خود را واو قبول نمود آن را. (من)

(١٣) في البيع.

(١٤) فيعلم منه أنه تعلم.

(١٥) لأنه المتيقن.

(١٦) ثلاث.

(١٧) أي المبسوط.

وعلى الرواية الأولى[١] عنده يحل ما اصطاده ثالثًا[٢]، وعندهما لا يحل[٣]؛ لأنه إنما يصير معلّمًا بعد تمام الثلاث، وقبل التعليم غير معلّم، فكان الثالث صيد كلب جاهل، وصار كالتصرف المباشر[٤] في سكوت المولى، وله أنه[٥] آية تعليمه عنده[٦]، فكان هذا[٧] صيد جارحة معلّمة، بخلاف تلك المسألة؛ لأن الإذن إعلام، ولا يتحقق دون علم العبد، وذلك[٨] بعد المباشرة.

قال[٩]: وإذا أرسل كلبه المعلّم، أو بازيه[١٠]، وذكر اسم الله تعالى عند إرساله، فأخذ الصيد، وجرحه، فمات حل أكله؛ لما روينا من حديث عدي رضي الله تعالى عنه، ولأن الكلب أو البازي آلة، والذبح لا يحصل بمجرد الآلة[١١] إلا بالاستعمال، وذلك[١٢] فيهما بالارسال[١٣]، فنزل[١٤] منزلة الرمي وإمرار السكين، فلا بد من التسمية عنده، ولو تركه[١٥] ناسيًا حل أيضًا على ما بيناه.[١٦]

---

(١٨) قوله: "كما هو أصله" أي أصل أبي حنيفة في جنسها، أي جنس المقادير، نحو حبس الغريم وحد التقادم، وتقدير ما غلب في نزح ماء البير المعينة. (ك)

(١) أي التي قدرها بالثلاث، أي رواية القدوري. (غن)

(٢) قوله: "يحل ما اصطاده" يعني إذا أخذ صيدًا فلم يأكل، ثم أخذ ثانيًا فلم يأكل، ثم أخذ ثالثًا، فلم يأكل، يحل أكل الثالث عند أبي حنيفة. (عيني)

(٣) أي أكل الثالث، ويحل أكل ما بعده. (غن)

(٤) قوله: "وصار إلخ" [فإنه لا ينفذ إلا أنه يحصل به الإذن. كف] أي صار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى بعلم المولى، وهو ساكت، فإنه يصير مأذونًا له في التجارة، فلا يلزم ذلك البيع، حتى كان للمولى أن ينقضه إن شاء.(ت)

(٥) قوله: "وله أنه [أي ترك الأكل عند الثلاث] إلخ" يعني أن العلم يثبت بالمرة الثالثة، فيكون الصيد الثالث صيد كلب معلّم فيؤكل، بخلاف مسألة المأذون؛ فإن الإذن إعلام للعبد، ولا يحصل له علم إلا بعد المباشرة، وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور، فلا ينفذ. (غن)

(٦) أي عند الأخذ في المرتبة الثالثة.

(٧) الثالث.

(٨) قوله: "وذلك" أي علم العبد لا يكون إلا بعد المباشرة، وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور، فلا ينفذ. (عيني)

(٩) أي القدوري في "مختصره." (غن)

(١٠) المعلّم . (ك)

(١١) قوله: "لا يحصل إلخ" ولهذا لو انقلب الصيد أو الشاة على السكين، وأصاب مذبحهما لا يحل؛ لأن الاستعمال لم يوجد. (غن)

(١٢) استعمال.

(١٣) فالارسال فيهما كاستعمال السكين في الذبح. (غن)

(١٤) الإرسال.

وحرمة[1] متروك التسمية عامداً فى الذبائح، ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية[2]؛ ليتحقق الذكاة الاضطرارى، وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد[3] من الآلة إليه[4] بالاستعمال[5]، وفي ظاهر قوله تعالى: ﴿وما علّمتم من الجوارح﴾ ما يشير إلى اشتراط الجرح، إذا هو من الجرح بمعنى الجراحة فى تأويل[6]، فيحمل على الجارح الكاسب[7] بنابه ومخلبه ولا تنافى[8]، وفيه أخذ باليقين[9]. وعن أبى يوسف[10]: أنه لا يشترط[11] رجوعًا إلى التأويل الأول[12]، وجوابه ما قلنا[13].

قال[14]: فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل، وإن أكل منه البازى أكل،

---

(١٥) تسمية.

(١٦) قوله: "على ما بيناه وحرمة إلخ" أى بينا ترك التسمية فى الذبائح ناسيًا، وبينا أيضًا حرمة متروك التسمية عامدا. (غن)

(١) روى منصوبًا عطفًا على الضمير المنصوب.

(٢) قوله: "فى ظاهر الرواية" يريد به رواية "الزيادات"، فإنه قال: لو قتل الكلب أو البازى الصيد من غير جرح لا يحل، وأشار فى الأصل أنه يحل، والفتوى على ظاهر الرواية. (ع)

(٣) وهو الجرح. (ك)

(٤) أى إلى الصائد.

(٥) أى بسبب استعمال الصائد تلك الآلة.

(٦) قوله: "فى تأويل" أى فى تأويل سوى التأويل الأول الذى ذكر قبل هذه الصفحة، بقوله والجوارح الكواسب فى تأويل. (ك)

(٧) قوله: "فيحمل إلخ" فإن قيل: فيه جمع بين الحقيقة والمجاز، أو عموم المشترك؛ لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة فى الكواسب أو مجازا، قلنا: لا كذلك، بل الجوارح أخص من الكواسب، فلو كان المراد من الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك. (معراج الدراية)

(٨) أى بين التأويلين.

(٩) قوله: "وفيه أخذ باليقين" أى فى الجمع بين التأويلين أخذ باليقين، وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعانى، فإن كان بينهما تناف، يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجمع أخذا باليقين، كذا ذكره فخر الإسلام فى الحيض فى قوله تعالى: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله تعالى فى أرحامهن﴾ قيل: أريد الحبل، وقيل: الحيض، والصحيح أنهما مرادان؛ لأنه لا تنافى بينهما، فكذا ههنا لا تنافى بين الكسب والجراحة. (ك)

(١٠) وعن أبى حنيفة، كذا فى "غاية البيان".

(١١) الجرح.

(١٢) قوله: "إلى التأويل الأول [يعنى ما سبق من الكواسب. ع]" وهو أن المرد من الجوارح الكواسب، فيحل صيده بأى وجه كان؛ لعموم النص. (عينى)

(١٣) قوله: "ما قلنا" أراد به قوله: "ولا تنافى وفيه أخذ باليقين". (ك)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

والفرق ما بيناه[١] فى دلالة التعليم، وهو مؤيد بما رويناه[٢] من حديث عدي رضى الله تعالى عنه، وهو حجة على مالك[٣]، وعلى الشافعى فى قوله القديم[٤]: فى إباحة ما أكل الكلب منه[٥].

ولو أنه[٦] صاد صُيودًا[٧]، ولم يأكل منها، ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد؛ لأنه[٨] علامة الجهل[٩]، ولا ما يصيده بعده[١٠]، حتى يصير معلّمًا على اختلاف الروايات، كما بيناها فى الابتداء[١١].

وأما الصيود التى أخذها من قبل، فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه؛ لانعدام المحلية[١٢]، وما ليس بمحرز بأن كان فى المفازة[١٣]، بأن لم يظفر صاحبه بعد، تثبت الحرمة فيه بالاتفاق، وما هو محرز[١٤] فى بيته[١٥]، يحرم عنده، خلافًا لهما.

---

(١) قوله: "مابيناه إلخ" يعنى أن التعليم شرط فيما يصادبه من الجوارح؛ لقوله تعالى: ﴿وما علّمتم من الجوارح﴾، والتعليم فى الكلب بترك الأكل، وفى البازى بالإجابة، وقد مر بيانه بأتم الوجوه. (غن)

(٢) قوله: "وهو مؤيد إلخ" الضمير راجع إلى مضمون قوله: "فإن أكل منه الكلب، أو الفهد لم يؤكل" ولا شك أنه مويد بحديث عدى، فإنه ﷺ قال فيه: «وإن أكل منه فلا تأكل» كما قد مر، وكان الأولى على المصنف أن يذكر هذا الكلام عقيب قوله: فإن اكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل؛ لكن الأمر هين بعد وضوح المقصود، ولا يمكن إرجاع الضمير إلى الفرق؛ فإنه لايستفاد من حديث عدى أصلا، كما لا يخفى على من فتح عينيه. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٣) قوله: "وهو حجة على مالك إلخ" فإن قيل: روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله تعالى عنه أنه عليه السلم قال فى صيد الكلب: «وإن أكل منه» وذلك دليل واضح لهما.

قلت: رواية أبى ثعلبة معارضة بحديث عدى، وحديث عدى مرجع على حديث أبى ثعلبة؛ لأنه حديث يحل ما أكل منه الكلب، وحديث عدى يحرم ما أكل الكلب منه، وقد عرف فى أصول الفقه أن المحرم يرجع على المحل عند التعارض، فيجعل ناسخًا له، فوجب العمل بحديث عدى، دون حديث أبى ثعلبة. (نت)

(٤) وفى قوله الجديد -وهو مختار المزنى-: إنه لايباح. (غن)

(٥) صيد.

(٦) ذكرها تفريعًا على مسألة المختصر، وهى من مسائل الأصل. (غن)

(٧) صيد -بالفتح- شكار كردن وشكار. (م)

(٨) أكل.

(٩) أى جهل الكلب.

(١٠) أى لا يؤكل.

(١١) قوله: "كما بيناها فى الابتداء" أرادبه قوله: وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات إلى أن قال: وهذا عندهما، وهو رواية عن أبى حنيفة إلى أن قال: وعلى الرواية الأولى يحل ما اصطاده ثالثًا إلى آخره. (ك)

(١٢) قوله: "لانعدام المحلية" لأن الحكم بالحرمة لا يتصور إلا فى محل قائم، وقد فات المحل بالأكل. (ك)

(١٣) يعنى لم يأخذه الصائد بعد. (ك)

(١٤) قوله: "وما هو محرز إلخ" وأما ما باع المالك مما قدره عن صيوده، فلا شك أن على قولهما: لا ينقض

هما يقولان: إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم، لأن الحرفة[١] قد تنسى[٢]، ولأن فيما أحرزه[٣] قد أمضى الحكم فيه[٤] بالاجتهاد، فلا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن المقصود[٥] قد حصل بالأول.

بخلاف غير المحرز؛ لأنه ما حصل المقصود من كل وجه، لبقاءه صيداً من وجه؛ لعدم الإحراز، فحرمناه[٦] احتياطًا، وله أنه[٧] آية جهله من الابتداء؛ لأن الحرفة لا تنسى أصلها[٨]، فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل[٩] للشبع[١٠]، لا للعلم، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود[١١]؛ لأنه[١٢] بالأكل، فصار كتبدل اجتهاد

البيع فيه، وأما على قول أبي حنيفة: ينبغي أن ينقض البيع إذا تصادق البائع والمشترى على كون الكلب جاهلا، والحاصل أن على قولهما: يحكم بجهله مقصورا على وقت الأكل، وعند أبي حنيفة مستنداً. (ك)

(١٥) الصائد

(١) أو قد يشتد غلبة الجوع فيأكل مع علمه. (زيلعي)

(٢) نسيان -بالكسر- فراموش كردن. (م)

(٣) الصائد.

(٤) قوله: "قد أمضى الحكم [أي الحل] إلخ" يعني إنما حكمنا بإباحة المحرز من الصيود بالاجتهاد؛ لأن ترك الأكل يحتمل أن يكون للعلم، ويحتمل أن يكون للشبع، فصار إباحة المحرز بالاجتهاد، فلو نقض نقض بالاجتهاد، ولأن الأكل أيضاً يحتمل أن يكون عن جهل في الأصل، ويحتمل أن يكون لشدة الجوع، أو لأنه نسي الآن.

والأصل أن ما أمضي بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن المقصود قد حصل الآن، ولكن يعمل به في المستقبل، كما في سائر المجتهدات، بخلاف ما لم يحرزه؛ لأن الإباحة غيرمحكوم بها بعد من كل وجه، لأنا إنما نحكم بها إذا خرج من الصيدية من كل وجه، وشيء من معناها باق فيه، وهو أنه في المفازة بعد.

أو نقول: إباحة الأكل إنما يثبت وقت الأكل لعدم الحاجة قبل ذلك، ووقت الأكل بعد الإحراز؛ لأن غير المحرز لا يؤكل، فإن قيل: الصيد اسم للمتوحش المنفرد، ولم يبق من هذا المعنى شيء، قلنا: بقي ما يلازمه، وهو عدم الإحراز على أنا نقول: التنفر والتوحش ليس بلازم للصيد، فإن البيضة صيد باعتبار مآله مع انعدام هذا المعنى فيه، فلأن يكون هذا صيداً باعتبار ماكان بالطريق الأولى. (ك)

(٥) هو الإحراز.

(٦) غير المحرز.

(٧) أكل.

(٨) وترك الأكل أصل هذه الحرفة.

(٩) في الصيود السابقة.

(١٠) سير شدن از طعام. (م)

(١١) قوله: "وتبدل الاجتهاد إلخ" تحقيقه أن حكم الإباحة في المحرز إنما يثبت عند الأكل؛ لأنها مبنية على كون الكلب معلمًا، وذلك ثابت بالاجتهاد على ما قالا، فكان وهما واحتمالا، والموهوم يعتبر عند الضرورة، وذلك عند الأكل، فلم تكن الإباحة ثابتة قبله، فلو اعتبر هذا الاجتهاد لا يودى إلى إبطال حكم أمضي بالاجتهاد باجتهاد مثله، بل يودى إلى المنع، فصار كظهور اجتهاد آخر للقاضي قبل القضاء. (ك)

(١٢) أي لأن المقصود إنما يحصل بالأكل. (كف)

القاضي قبل القضاء.

ولو أن صقراً فرّ من صاحبه[١]، فمكث حيناً[٢]، ثم صاد[٣] لا يؤكل صيده؛ لأنه ترك ما صار به عالماً[٤]، فيحكم بجهله، كالكلب إذا أكل من الصيد[٥].

ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل[٦]؛ لأنه ممسك للصيد عليه[٧]، وهذا من غاية علمه، حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه، وأمسك عليه ما يصلح له.

ولو أخذ[٨] الصيد من المعلّم[٩]، ثم قطع منه قطعة، وألقاها إليه، فأكلها يؤكل ما بقي؛ لأنه لم يبقَ صيداً[١٠]، فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً غيره، وكذا إذا وثب[١١] الكلب، فأخذه[١٢] منه[١٣]، وأكل منه؛ لأنه ما[١٤] أكل من الصيد، والشرط ترك الأكل من الصيد، فصار كما إذا افترس[١٥] شاته[١٦]، بخلاف ما إذا فعل ذلك[١٧] قبل أن يحرزه[١٨] المالك[١٩]؛ لأنه بقيت[٢٠] فيه جهة الصيدية.

---

(١) ذكرها تفريعاً أيضاً، وهي من مسائل الأصول. (غن)

(٢) أي دعاه ولم يجب. (ك)

(٣) قوله: "ثم صاد" أي ثم عاد إلى صاحبه فصاد، لا يؤكل صيده، وما صاده قبل الرجوع إلى صاحبه، فلا شبهة في أنه لا يؤكل لعدم الإرسال. (كفاية)

(٤) وهو إجابته إلى صاحبه. (غن)

(٥) فيحكم بجهله. (غن)

(٦) ذكره تفريعاً. (غن)

(٧) أي على الصائد.

(٨) الصائد.

(٩) هذه من مسائل الأصول ذكرها تفريعاً. (غن)

(١٠) قوله: "لأنه [أي لأن القطعة على تأويل المقطوع] لم يبقَ صيداً" لأن الصيد اسم لمتوحش غير محرز، وقد زال التوحش بالقتل، وزال عدم إحرازه بالإحراز؛ فالتحق بسائر أطعمته، وأكله من سائر أطعمته لا يدل على جهله، فههنا كذلك. (ك)

(١١) قوله: "وكذا [هذه أيضاً من مسائل الأصل ذكرها تفريعاً. (غن) أي يؤكل ما بقي. غن] إذا وثب [برجستن]" أي أخذ الرجل الصيد من الكلب، ثم وثب عليه الكلب فأخذه إلخ" (كف)

(١٢) صيد.

(١٣) صائد.

(١٤) نافية.

(١٥) افتراس: استخوان گردن شكستن. (م)

(١٦) الصائد.

(١٧) أي الوثوب والأكل.

(١٨) صيد.

ولو[١] نهس[٢] الصيد، فقطع منه[٣] بضعة[٤] فأكلها[٥]، ثم أدرك الصيد فقتله[٦]، ولم يأكل منه لم يؤكل؛ لأنه صيد كلب جاهل[٧]، حيث أكل من الصيد

ولو ألقى ما نهسه[٨]، واتبع الصيد فقتله، ولم يأكل منه، وأخذه صاحبه، ثم مر بتلك البضعة[٩]، فأكلها يؤكل الصيد؛ لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة[١٠] لم يضره، فإذا أكل ما بان[١١] منه، وهو[١٢] لا يحل لصاحبه أولى[١٣].

بخلاف الوجه الأول[١٤]؛ لأنه أكل في حالة الاصطياد، فكان جاهلا ممسكًا لنفسه، ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها، وقد يكون حيلة في الاصطياد؛ ليضعف[١٥] بقطع القطعة منه، فيدركه، فالأكل قبل الأخذ يدل[١٦] على الوجه الأول[١٧]، وبعده على الوجه الثاني[١٨]، فلا يدل على جهله[١٩].

---

(١٩) بأن لم يأخذه المالك منه.

(٢٠) باعتبار عدم الإحراز. (كف)

(١) هذه أيضًا من مسائل الأصل، ذكرها تفريعًا. (غن)

(٢) الكلب، نهس -بالفتح- بدندان پيش گزيدن. (م) نهسته الحية لسعته. (ديوان)

(٣) في ابتاعه إياه. (كف)

(٤) پاره گوشت. (م)

(٥) بضعة.

(٦) أي ذلك الصيد.

(٧) قوله: "لأنه صيد كلب إلخ" لأنه لما أكل القطعة التي تمكن منها، علم أنه غير معلّم، وإن سعيه لنفسه لا للإمساك على صاحبه، وإنما ترك الأكل مما بقي؛ لأنه يشيم بتناول تلك القطعة. (كف)

(٨) قوله: "ولو ألقى [هذه من مسائل الأصل أيضًا ذكرها تفريعًا] ما نهسه" قال في "الجمهرة": النهس: أخذ الشيء من مقدم فيك، وهو من باب فعل بفتح العين في الماضي والمضارع جميعًا. (غن)

(٩) البضعة القطعة من اللحم المجتمعة. (ديوان)

(١٠) أي حالة أخذ الصاحب الصيد، وهي بعد إحراز صاحبه وأخذه. (غن)

(١١) جدا شد. (من)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أن لا يضره.

(١٤) أي ما أكل البضعة حين قطعها. (غن)

(١٥) الصيد.

(١٦) فدل على جهل الكلب. (غن)

(١٧) وهو أنه نهسها ليأكلها. (غن)

(١٨) قوله: "وبعده" أي أكله بعد أخذ صاحبه يدل على الوجه الثاني، وهو أنه نهس البضعة حيلة في الاصطياد؛ ليضعف الصيد، فكان من غاية حذاقته، فلم يدل على جهله، فيؤكل الصيد. (غن)

قال[1]: وإن أدرك المرسل الصيد حيًا، وجب عليه أن يذكيه[2]، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل[3]، وكذا البازى[4] والسهم؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ إذ المقصود هو الإباحة[5]، ولم تثبت قبل موته[6]، فبطل حكم البدل، وهذا إذا تمكن من ذبحه[7].

أما إذا وقع[8] في يده، ولم يتمكن من ذبحه[9]، وفيه[10] من الحياة فوق ما يكون في المذبوح، لم يؤكل في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل، وهو قول الشافعي؛ لأنه لم يقدر على الأصل[11]، فصار كما إذا رأى الماء، ولم يقدر على الاستعمال[12].

ووجه الظاهر أنه قدر[13] اعتبارًا[14]؛ لأنه ثبت يده[15] على المذبح[16]، وهو قائم

---

(١٩) أي الأكل بعد الأخذ.

(١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٢) أي يذبحه.

(٣) سواء كان الحياة فيه بينةً أو خفيةً. (غن)

(٤) قوله: "وكذا البازي إلخ" اعلم أن قوله وإن أدرك المرسل، إلى قوله: "حتى مات لم يؤكل" عبارة القدوري في "مختصره"، وقوله: وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف، فأقول: هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جداً عندي.

أما قوله وكذا البازي فظاهر؛ لأن قول القدوري وإن أدرك المرسل إلخ يتناول صيد الكلب وصيد البازي، وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالأول، فلا حاجة إلى ذكر قوله وكذا البازي، بل لا وجه له.

وأما قوله: والسهم، فلأن حكم مسألة السهم سيجيء في باب الرمي مفصلا، ألا ترى إلى قوله هناك، فإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات، وإن أدركه حيًا ذكاه، انتهى، فلا حاجة إلى بيانه ههنا. (نت)

قوله: "وكذا البازي إلخ" يعني إذا أرسل البازي على الصيد، فجرحه أو رماه بسهم، ثم أدركه حيًا، ولم يذكه، حتى مات، لا يؤكل. (غن)

(٥) أي إباحة الأكل.

(٦) صيد.

(٧) قوله: "وهذا إذا تمكن" أي الذي قلنا من عدم الأكل، فيما إذا أدركه، ولم يذكه فمات، إنما هو فيما إذا تمكن من ذبحه، ولم يذبحه. (غن)

(٨) صيد.

(٩) قوله: "ولم يتمكن من ذبحه" إما لفقد الآلة، أو لضيق الوقت، وفقد الآلة أن لا يجد الآلة أصلا، وضيق الوقت أن تكون الآلة موجودة، إلا أنه لا يبقى من الوقت ما يتمكن فيه من الاشتغال بتحصيل الآلة، والاستعداد للذبح. (ك)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أي لم يقدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ إذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح. (عناية)

(١٢) فلا يبطل تيممه.

(١٣) على الأصل.

مقام التمكن من الذبح(١)، إذ لا يمكن اعتباره؛ لأنه لا بد له من مدة، والناس يتفاوتون فيها(٢)، على حسب تفاوتهم في الكياسة(٣) والهداية في أمر الذبح، فأدير الحكم على ما ذكرناه.

بخلاف ما إذا بقي فيه(٤) من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح؛ لأنه ميت حكما، ألا ترى أنه لو وقع(٥) في الماء، وهو(٦) بهذه الحالة لم يحرم(٧)، كما إذا وقع وهو(٨) ميت، والميّت(٩) ليس بمذبح(١٠).

وفصل بعضهم فيه تفصيلا(١١)، وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل(١٢)، وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا(١٣)، خلافًا للشافعي؛ لأنه إذا وقع(١٤) في يده لم يبقَ صيداً، فبطل حكم ذكاة الاضطرار، وهذا إذا كان يتوهم

---

(١٤) وإن لم يقدر حقيقةً. (ع)

(١٥) قوله: "لأنه ثبت يده على إلخ" يعني أن حكم القدرة على الأصل يدار على الوقوع في يده حيًا؛ لتعذر الوقوف على حقيقة القدرة والعجز؛ لتفاوت أحوال الناس في الهداية في أمر الذبح وعدمها، ولهذا قلنا: إن الحمل إذا سقط، وضاق الوقت عن الذبح في المذبح، فجرحه في غير المذبح، حتى مات لا يحل؛ لوجود ما يقوم مقام القدرة على ذكاة الاختيار، وهو حصوله في يده حيًا. (ك)

(١٦) محل الذبح.

(١) أي ثبوت اليد على المذبح.

(٢) فمنهم من يتمكن في ساعة، ومنهم من لا يتمكن في أكثر. (ع)

(٣) كياسة -بالكسر- زيركى وزيرک شدن. (م)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا بقي [بأن بقر بطنه ونحو ذلك. (زيلعي) فإنه يحل وإن لم يذك حتى مات. ع] إلخ" وذكر الصدر الشهيد أن هذا بالإجماع، وقيل: هذا قولهما، وعند أبي حنيفة لا يحل إلا إذا ذكاه بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده، عندهما غير معتبرة، كما سيجيء. (زيلعي)

(٥) صيد.

(٦) الواو حالية.

(٧) أي فيه حياة كما في المذبوح. (ع)

(٨) الواو حالية.

(٩) فلا يحرم.

(١٠) أي ليس بمحل الذبح. (ك)

(١١) فيما إذا كانت الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح. (ع)

(١٢) قوله: "لم يؤكل" لأن التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه. (كف)

(١٣) قوله: "لم يؤكل عندنا" وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل: يحل استحسانًا، وهو قول الشافعي؛ لأنه لم يقدر على الأصل لضيق الوقت، فبقيت ذكاة الاضطرار موجبة للحل، وبالاستحسان أخذ القاضي فخر الدين قاضي خان. (ك)

(١٤) حيًا.

بقاءه[١].

أما إذا شق بطنه[٢]، وأخرج ما فيه، ثم وقع فى يد صاحبه[٣] حل[٤]؛ لأن ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر، كما إذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت، وقيل[٥]: هذا[٦] قولهما.

أما عند أبى حنيفة لا يؤكل[٧] أيضًا، لأنه وقع فى يده حيًا، فلا يحل، إلا بذكاة الاختيار ردًا إلى المتردية[٨] على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

هذا الذى ذكرناه[٩] إذا ترك التذكية، فلو أنه ذكاه[١٠] حل أكله عند أبى حنيفة، وكذا المتردية[١١] والنطيحة[١٢] والموقوذة[١٣]، والذى بقر[١٤] الذئب بطنه، وفيه حياة خفية، أو بينة، وعليه[١٥] الفتوى؛ لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ استثناه مطلقًا من غير فصل[١٦].

---

(١) قوله: "وهذا" أى عدم حل الأكل بدون الذكاة فيما لم يتمكن إما لفقد الآلة، وإما لضيق الوقت إذا كان يتوهم بقاءه أى حيا مع الجرح الذى جرحه الكلب. (مل)

(٢) الكلب المعلّم.

(٣) وهو حى، فلم يذكه، فمات حل.

(٤) لأنه استقر فيه فعل الزكاة قبل وقوعه فى يده، وما بقى إلخ.

(٥) القائل: أبو بكر الرازى.

(٦) أى الحل.

(٧) أى مشقوق البطن.

(٨) قوله: "ردا إلى المتردية" أى قياساً عليه واعتباراً به، والمتردية التى تقع فى البير، أو تسقط من الجبل ونحوه، والجامع عدم نوعى الذكاة الاضطرارية والاختيارية، وذلك فى المتردية ظاهر، وكذلك فيما نحن فيه؛ لأنه لما وقع فى يده حيا بطل الذكاة الاضطرارى، ولم يوجد الذكاة الاختيارى، فصار نظير المتردية، فلا يؤكل. (ك)

(٩) أى أنه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه، وأخرج فيه. (ع)

(١٠) قوله: "فلو أنه ذكاه إلخ" هذا ليس لبيان الخلاف، بل لبيان الإجماع؛ لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة، فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة، فعند أبى حنيفة ذكاته الذبح، وقد وجد، وعندهما حل بلا ذبح. (ك)

(١١) قوله: "المتردية [أى يحل عند أبى حنيفة بالذكاة. ك]" المتردية التى تتردى من مكان عال، أو فى بير فتموت، والنطيحة هى التى تنطحها أخرى فتموت، والموقوذة هى مقتولة بالخشب، قال قتادة: كانوا يضربونها بالعصا، فإذا مات أكلوها. (معالم التنزيل)

(١٢) نطح: شاخ زدن گاو وگوسپند، وأمثال آن. (كنز اللغات)

(١٣) شاة وقيذ گوسپند كشته بچوب. (من)

(١٤) أى شق. (ع)

(١٥) أى على قول أبى حنيفة. (ك)

وعند أبي يوسف[١] إذا كان[٢] بحال لا يعيش مثله لا يحل[٣]؛ لأنه لم يكن موته بالذبح. وقال محمد: إن كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل[٤]، وإلا فلا؛ لأنه لا معتبر بهذه الحياة، على ما قررناه[٥].

ولو أدركه[٦] ولم يأخذه[٧]، فإن كان[٨] في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل؛ لأنه صار في حكم المقدور عليه، وإن كان[٩] لا يمكنه ذبحه أكل؛ لأن اليد لم تثبت به[١٠]، والتمكن من الذبح لم يوجد، وإن أدركه فذكاه، حل له؛ لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة، فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم تكن فيه حياة مستقرة. فعند أبي حنيفة ذكاته الذبح، على ما ذكرناه[١١]، وقد وجد، وعندهما لا يحتاج إلى الذبح.

وإذا[١٢] أرسل كلبه المعلّم على صيد[١٣]، وأخذ غيره حل، وقال مالك: لا يحل، لأنه أخذه بغير إرسال؛ إذ الإرسال مختص بالمشار إليه.

ولنا أنه[١٤] شرط غير مفيد[١٥]؛ لأن مقصوده حصول الصيد[١٦]؛ إذ لا يقدر

---

(١٦) قوله: "من غير فصل" أي بين أن يكون للمذبوح حياة خفية أو بينة. (ك)

(١) قوله: "وعند أبي يوسف إلخ" أي عند أبي يوسف لا يحل وإن ذكى المتردية والنطيحة والموقوذة، والذي بقر الذئب بطنه، إذا كان الصيد بحال لا يعيش مثله؛ لأنه موته ليس بالذبح، وعند محمد يحل بالتذكية إذا كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح؛ لأنه حينئذٍ يكون موته بالذبح، وإن لم يكن يعيش أكثر ما يعيش المذبوح لا يحل بالذبح؛ لأنه لا يعتبر تلك الحياة. (غن)

(٢) أي كل واحد من المتردية وغيرها.

(٣) وإذا لم يكن كذلك لا يحل، وإن ذكى.

(٤) بالذكاة.

(٥) إشارة إلى قوله: لأنه ميت حكمًا. (غن)

(٦) قوله: "ولو أدركه [صائد] إلخ "يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد، وههنا أدركه، ولم يأخذه. (ع)

(٧) فمات.

(٨) الإدراك.

(٩) أي إن كان الإدراك في وقت لا يمكنه إلخ.

(١٠) إدراك.

(١١) قوله: "على ما ذكرناه" إشارة إلى قوله: لأنه وقع في يده حيًا، فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردًا إلى المتردية، أي قياسًا عليها. (غن)

(١٢) هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها بسبيل التفريع. (غن)

(١٣) معين.

(١٤) أي أن أخذ ما عينه عند الإرسال.

على الوفاء به[١]، إذ لا يمكنه تعليمه[٢] على وجه يأخذ ما عينه، فسقط اعتباره[٣].

ولو أرسله على صيد كثير[٤]، وسمى مرة واحدة حالة الإرسال، فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة؛ لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه[٥].

ولهذا تشترط التسمية عنده، والفعل[٦] واحد، فتكفيه تسمية واحدة، بخلاف ذبح الشاتين[٧] بتسمية واحدة؛ لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول، فلا بد من تسمية أخرى، حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى، وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة[٨].

ومن أرسل[٩] فهداً، فكمن[١٠] حتى يستمكن، ثم أخذ الصيد، فقتله يؤكل؛ لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد[١١] لا استراحة، فلا يقطع الإرسال[١٢].

وكذا الكلب أذا اعتاد عادته[١٣]، ولو أخذ الكلب[١٤] صيدا فقتله، ثم أخذ آخر فقتله، وقد أرسله صاحبه أكلا جميعًا، لأن الإرسال قائم لم ينقطع، وهو

---

(١٥) فى حقه ولا فى حق الكلب. (زيلعى)

(١٦) قوله: "لأن مقصوده إلخ" والجميع بالنسبة إلى هذا المقصود سواء، فإن قيل: قد يكون مقصوده صيداً معينا، أجيب: بأنه متعذر، إذ لا يقدر إلخ. (ع)

(١) بأخذ المعين.

(٢) كلب.

(٣) قوله: "فسقط اعتباره [فكان المعتبر الإرسال. غن]" لأن ما لا يدخل تحت القدرة سقط اعتباره، كما قلنا فى البازى: إنه سقط اعتبار ترك الأكل؛ لاستحالة تعليمه، ولا يقال: جاز أن يكون مقصوده المعين، نقول: لو كان مقصوده المعين، كان باعتبار أنه صيد، لا باعتبار أنه هو. (ك)

(٤) هذه من مسائل الأصل أيضاً، ذكرها تفريعاً. (غن)

(٥) قوله: "على ما بيناه" أى فى أوائل كتاب الذبح حيث قال: وفى الصيد يشترط عند الإرسال والرمى. (ك)

(٦) إرسال.

(٧) أى على التعاقب.

(٨) لأن الفعل واحد.

(٩) هذه من مسائل الأصل، ذكرها تفريعاً أيضاً. (غن)

(١٠) قوله: "فكمن [على حسب العادة]" كمن كمونا توارى واستخفى، ومنه الكمين، وأما تكمن فى معنى مكن، فغير مسموع إلا فى السير. (مغرب)

(١١) أى الاصطياد.

(١٢) قوله: "فلا يقطع الإرسال" أى فوره كيف، وقصد صاحبه يتحقق بذلك، وعد ذلك من الخصال الحميدة.(ت)

(١٣) قوله: "إذا اعتاد [عادة الفهد] إلخ" أى صنع كما يصنع الفهد، والفهد إذا أرسل كمن، ولا يتبع الصيد، حتى يستكمن. (غاية البيان)

(١٤) هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها تفريعاً. (غن)

بمنزلة ما لو رمي سهمًا إلى صيد، فأصابه وأصاب آخر.

ولو قتل الأول فجثم عليه(١) طويلا(٢) من النهار، ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني؛ لانقطاع الإرسال بمكثه إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ، وإنما(٣) كان استراحة، بخلاف ما تقدم(٤).

ولو أرسل بازيه المعلّم(٥) على صيد، فوقع على شيء(٦)، ثم أتبع الصيد فأخذه وقتله، فإنه يؤكل، وهذا إذا لم يمكث زمانًا طويلا للاستراحة، وإنما مكث ساعةً للكمين(٧)؛ لما بينا في الكلب(٨)، ولو أن بازيًا(٩) معلّمًا أخذ صيدًا فقتله، ولا يدري أرسله إنسان أم لا، لا يؤكل؛ لوقوع الشك في الإرسال(١٠)، ولا تثبت الإباحة بدونه.

قال(١١): وإذا خنقه الكلب(١٢)، ولم يجرحه(١٣) لم يؤكل؛ لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه(١٤)، وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر(١٥).

---

(١) قوله: "فجثم عليه" جثوم الطائر مثل جلوس الإنسان، من باب ضرب، قولهم: انجثم الليث خطأ. (مغرب)

(٢) أي زمانًا طويلا.

(٣) فإنما أخذ الثاني بلا إرسال، فلا يؤكل. (غن)

(٤) قوله: "بخلاف ما تقدم [أي بخلاف ما إذا مكث للكمين. ك]" وهو قوله: فكمن حتى يتمكن. (ك)

(٥) قوله: "ولو أرسل بازيه إلخ" هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعًا أيضًا، وقد مرت عند قوله: ولو أن صقرًا فر من صاحبه. (غاية البيان)

(٦) قوله: "فوقع على شيء إلخ" من عادة البازي أنه يقع على شيء، وينظر إلى صيده، الثانية من الجانب الذي يتمكن من أخذه، وهو بمنزلة كمين الفهد، فلا ينقطع به فور الإرسال. (كفاية)

(٧) قوله: "وإنما مكث ساعةً للكمين" حتى لا ينقطع فور الإرسال، فأما إذا مكث زمانًا طويلا حتى انقطع فور الإرسال، فإنه لا يؤكل، كذا في القلب. (غن)

قوله: "للكمين" كمون -بالضم- پنهان شدن، وكمين بروزن امير درآمدن دركارى كه دانسته شود. (تاج اللغات)

(٨) من أن الإرسال قائم.

(٩) هذه من مسائل الأصل، ذكرها تفريعًا. (غن)

(١٠) قوله: "لوقوع الشك في الإرسال" والإرسال شرط الإباحة بعد وجود التعليم، فإذا لم يعلم أنه كان مرسلا أو لم يكن، لا يثبت الإباحة، فلا يؤكل؛ لأنه ميتة لا لأنه مال الغير، كذا في "غاية البيان"، ولكن علم أنه مرسل، فلا يؤكل إلا بإذن صاحبه، كذا قال الزيلعي. (من)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٢) خنق بالفتح خفه كردن.

(١٣) فمات.

(١٤) قوله: على ما ذكرناه" أي عند قوله: ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية. (غاية البيان)

(١٥) أي لم يجرح ولم يخنق، ولكنه كسر عضوًا.

وعن أبي حنيفة: أنه إذا كسر عضواً فقتله، لا بأس بأكله؛ لأنه[١] جراحة باطنة، فهي كالجراحة الظاهرة.

وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض[٢] سببًا لإنهار الدم[٣]، ولا يحصل ذلك بالكسر، فأشبه التخنيق.

قال[٤]: وإن شاركه[٥] كلب غير معلّم، أو كلب مجوسى، أو كلب لم يذكر عليه اسم الله، يريد به عمداً[٦] لم يؤكل؛ لما روينا[٧] في حديث عدى رضى الله تعالى عنه؛ ولأنه اجتمع المبيح والمحرم، فيغلب جهة الحرمة نصًا[٨]، أو احتياطًا[٩].

ولو رده عليه الكلب الثانى[١٠]، ولم يجرحه معه[١١]، ومات بجرح الأول يكره أكله؛ لوجود المشاركة[١٢] فى الأخذ وفقدها فى الجرح، وهذا بخلاف ما إذا رده[١٣] المجوسى عليه[١٤] بنفسه[١٥]، حيث لا يكره؛ لأن فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب، فلا تتحقق المشاركة، وتتحقق بين فعلى الكلبين؛ لوجود المجانسة[١٦].

(١) أى الكسر.

(٢) أى يقوم.

(٣) أى إنهار بالكسر: روان كردن آب وجز آن. (م)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (ك)

(٥) أى شارك الكلب المعلّم فى الأخذ والجرح. (ع)

(٦) قوله: "يريد به" أى بعدم ذكر اسم الله عليه عدم ذكره عمدا؛ لأنه إذا ترك ناسيًا أكل. (غن)

(٧) فى أول هذا الكتاب.

(٨) قوله: "نصًا" كان يشير إلى حديث: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام» وهذا الحديث وجدته موقوفا على [illegible] مسعود. (ت)

(٩) قوله: "احتياطًا" لأن الحرام واجب الترك، والحلال جائز الترك، فكان الاحتياط فى الترك. (ك)

(١٠) قوله: "ولو رده عليه إلخ" أى لو رد الكلب الثانى الصيد على الكلب الأول، يعنى إذا كان الصيد يفر من الكلب الأول، فاستقبله كلب آخر غير معلّم، فرده حتى أخذه الكلب الأول، يكره أكله، قيل: كراهة تنزيه، وقيل: كراهة تحريم، وهو اختيار شمس الأئمة الحلوانى. (ك)

(١١) بل إنما جرحه الكلب المعلّم ومات بجرحه. (غن)

(١٢) قوله: "لوجود المشاركة إلخ" فغلب جانب الحل، فأوجب إعانة غير المعلّم الكراهة دون الحرمة؛ لعدم المشاركة فى الأخذ والجرح. (ك)

(١٣) صيد.

(١٤) أى على الكلب الأول المعلّم.

(١٥) وأخذ الكلب الصيد وقتله. (غن)

(١٦) قوله: "لوجود المجانسة" يعنى أن المجانسة شرط الضم، فلا يضم أحد الفعلين إلى الآخر إذا لم يتجانسا، حتى يصيرا علة واحدة. (أعظمى)

ولو لم يرده[١] الكلب الثاني[٢] على الأول، لكنه اشتد[٣] على الأول حتى اشتد[٤] على الصيد، فأخذه وقتله، لا بأس بأكله ؛ لأن فعل الثاني[٥] أثر في الكلب المرسل دون الصيد[٦]، حيث ازداد به طلبًا[٧]، فكان تبعًا لفعله ؛ لأنه بناء عليه، فلا يضاف الأخذ إلى التبع[٨]، بخلاف ما إذا كان رده[٩] عليه ؛ لأنه لم يصر تبعًا، فيضاف إليهما

قال[١٠] : وإذا أرسل المسلم كلبه، فزجره[١١] مجوسي، فانزجر بزجره فلا بأس بصيده[١٢]، والمراد بالزجر الإغراء[١٣] بالصياح[١٤] عليه، وبالانزجار إظهار زيادة الطلب[١٥].

ووجهه[١٦] أن الفعل يرفع بما هو فوقه، أو مثله[١٧]، كما في نسخ الآي[١٨]، والزجر دون الإرسال ؛ لكونه[١٩] بناء عليه.

(١) ذكرها تبعًا، وهي من مسائل الأصول. (غن)

(٢) أي غير المعلّم.

(٣) أي عدا، كذا في "ديوان الأدب". (غن) اشتداد دويدن. (م)

(٤) الأول.

(٥) أي غير المعلّم.

(٦) لأنه لم يرد على الصيد.

(٧) لأن عدوه خلفه، صار مهيجًا له. (غن)

(٨) فلم يوجب الكراهة في الصيد لعدم المشاركة، والإعانة في الصيد. (ك)

(٩) الثاني.

(١٠) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١١) يقال: زجر الكلب فانزجر أي هيجه فهاج. (غن) أي بانگ برزد تاتيز رود.

(١٢) قوله: "فلا بأس بصيده" أي حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال؛ لكون الزجر دون الإرسال، ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال، فإنه يجب عليه الجزاء. وأجيب: بأن الجزاء في المحرم بدلالة النص، فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه، وهو الدلالة، فوجب بالزجر بالطريق الأولى. (غاية)

(١٣) إغراء بالكسر: برانگيختن وبرغلانيدن. (م)

(١٤) بالكسر: آواز بلند. (م)

(١٥) أي طلب الكلب للصيد. (ع)

(١٦) الحل.

(١٧) دون الأدنى. (ع)

(١٨) قوله: "كما في نسخ الآي" فإن نسخ المحكم إنما يكون بالمحكم، ولا يكون نسخ المحكم بالمجمل. (ك)

(١٩) الزجر.

قال[١]: ولو أرسله مجوسى، فزجره[٢] مسلم فانزجر[٣] لم يؤكل؛ لأن الزجر دون الإرسال، ولهذا لم تثبت[٤] به[٥] شبهة الحرمة، فأولى أن لا يثبت به الحل[٦]، وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم، وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسي.

وإن لم يرسله[٧] أحد، فزجره مسلم فانزجر، فأخذ الصيد[٨]، فلا بأس بأكله؛ لأن الزجر مثل الانفلات[٩]؛ لأنه إن كان دونه من حيث إنه بناء عليه، فهو فوقه من حيث إنه فعل المكلف، فاستويا فصلح ناسخًا[١٠].

ولو أسل المسلم[١١] كلبه على صيد وسمى، فأدركه فضربه ووقذفه[١٢]، ثم ضربه[١٣] فقتله أكل.

وكذا إذا أرسل كلبين[١٤]، فوقذه أحدهما، ثم قتله الآخر أكل؛ لأن الامتناع عن الجرح[١٥] بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً[١٦].

(١) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٢) أغراه.

(٣) فقتله. (غن)

(٤) قوله: "ولهذا [أى لكون الزجر دونه] لم تثبت إلخ" يعنى إذا أرسل المسلم، فزجر المجوسى لم يثبت شبهة الحرمة، فالأولى أن لا يثبت الحل فيما إذا زجره المسلم بعد إرسال المجوسى؛ لأن الحرمة أسرع ثبوتا؛ لأن مبناها على الاحتياط، فلما لم يؤثر فيما هو أسرع ثبوتا، فلأن لا يؤثر فيما هو أبطأ ثبوتًا، وهو الحل أولى. (كفاية)

(٥) الزجر.

(٦) يعنى بزجر المسلم.

(٧) بأن انفلت من صاحبه.

(٨) فقتله.

(٩) قوله: "مثل الانفلات [فى القوة والضعف (نت) انفلات برستن. تاج]" من حيث إن كل وحد منهما غير مشروط فى حل الصيد بخلاف الإرسال، والقياس أن لا يحل بزجر المسلم؛ لأن زجره ليس بإرسال، وبدون الإرسال لا يحل؛ لأنه شرطه، ووجه الاستحسان أنه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الإرسال. (ك)

(١٠) قوله: "فصلح ناسخًا" بخلاف الفصل الأول لأن الزجر لا يساوى الإرسال بوجه من الوجوه؛ لأن كل واحد منهما فعل المكلف، والزجر بناء على الإرسال، فكان دونه من كل وجه، فلا يرتفع. (زيلعى)

(١١) ذكرها وما بعدها إلى فصل الرمى تفريعًا. (غن)

(١٢) وقذ –بالفتح:– سست گردانيدن. (م) أى أثخنه وأخرجه حيز الامتناع. (غن)

(١٣) بعد الإثخان ثانيًا. (غن)

(١٤) على الصيد.

(١٥) قوله: "لأن الامتناع إلخ" يعنى لأن هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب، ألا ترى أنه لا يمكن أن يعلم ترك الجرح بعد الجرح الأول، فما لم يمكن تعليمه سقط اعتباره، فكأنه قتله بجرح واحد. (غاية البيان)

ولو أرسل[١] رجلان كل واحد منهما كلبًا، فوقذه أحدهما، وقتله الآخر أكل؛ لما قلنا[٢]، والملك للأول؛ لأن الأول أخرجه[٣] عن حد الصيدية[٤]، إلا أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد، والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم، بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني[٥]، بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول.

فصل في الرمي[٦]

ومن سمع حسًا[٧]، ظنه حس صيد[٨] فرماه[٩]، أو أرسل كلبًا، أو بازيًا عليه، فأصاب صيدًا[١٠]، ثم تبين[١١] أنه حس صيد[١٢]، حل المصاب[١٣] أي صيد

---

(١٦) قوله: "فجعل عفواً" يشير إلى الجواب عما قيل: الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد، إنما حصلت بعد الإثخان الذي أخرجه من الصيدية، فكان الواجب أن لا يحل أكله؛ لأن الصيد إنما هو بعد الإثخان ملحق بالدواجن، فيحل بالذبح، لا بضرب الكلب، وجوابه أنه تعذر رفعه، وما تعذر رفعه يعتبر عفواً. (كفاية)

(١) على صيد. (غن)

(٢) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله؛ لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً. (ك)

(٣) صيد.

(٤) وهو الامتناع.

(٥) قوله: "بخلاف ما إذا كان الإرسال [فجرحه الثاني ومات لا يحل. كف] إلخ "حيث لا يحل أكله؛ لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد ذلك بالذبح في المذبح، فجرح الكلب في مثله موجب للحرمة، فلما اجتمع فيه الموجب للحرمة، والموجب للحل يغلب فيه الموجب للحرمة. (كفاية)

(٦) قوله: "فصل في الرمي" لما كانت آلة الاصطياد منقسماً على قسمين، حيوان وجماد، كما بينا في أول هذا الكتاب، قدم فصل الحيوان؛ لفضيلته على فضل الجماد؛ لأن الحيوان له روح وفعل اختياري، والجماد لا روح له، ولا فعل، والآلة ما يستعان به على تحصيل أمر. (غن)

(٧) قوله: "ومن سمع حسًا [أي صوتًا خفيًا. (ك) حس أواز نرم وبدين معنى آمده است حسيس. م] إلخ" هذه المسائل من أول هذا الفصل إلى قوله، وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ليست بمذكورة في البداية؛ لأنها لم تذكر في "الجامع الصغير" و "مختصر القدوري"، وإنما ذكرها القدوري في شرحه لمختصر الكرخي، وذكرها صاحب الهداية فيها تكثيرا للفوائد. (غن)

(٨) أي ظن أن المسموع حس صيد. (ك)

(٩) أي رمى المسموع حسه على ظن أنه صيد. (غن)

(١٠) قوله: "فأصاب صيدًا [ظبيًا مثلا]" أي غير الذي سمع صوته؛ لأن النكرة إذا أعيدت نكرة كان الثاني غير الأول. (ك)

(١١) قوله: "ثم تبين إلخ" أي تبين أن المسموع حس صيد يحتاج في أكله إلى الذبح أو الجرح ويحترز بهذا القيد عما إذا ظنه طير الماء فظهر أنه سمكة أو صيدًا، فظهر أنه جراد، ولم يؤكل المصاب في رواية، ويؤكل في أخرى. (ك)

(١٢) قوله: "أنه حس صيد [أي لا حس آدمي أوشاة ونحو ذلك. غن] إلخ" أما إذا لم يعلم أن الحس حس صيد، أو غيره لم يؤكل ما أصابه؛ لأن الحظر والإباحة تساويا، فكان الحكم للحظر. (غن)

(١٣) إن كان مأكولا.

كان[1]؛ لأنه قصد الاصطياد، وعن أبي يوسف[2] أنه خص من ذلك الخنزير، لتغلظ التحريم[3]، ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة فى شيء منه بخلاف السباع؛ لأنه يؤثر[4] فى جلدها[5]، وزفر خص منها[6] ما لا يؤكل لحمه[7]؛ لأن الإرسال فيه ليس للإباحة[8].

ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول، فوقع الفعل اصطياداً، وهو فعل مباح فى نفسه[9]، وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبله لحمًا وجلدًا، وقد لا تثبت[10]، إذا لم يقبله، وإذا وقع اصطياداً، صار كأنه رمي إلى صيد، فأصاب غيره، وإن تبين أنه[11] حس آدمي، أو حيوان أهلي[12] لا يحل المصاب[13]؛ لأن الفعل ليس باصطياد[14]، والطير الداجن[15] الذى يأوى البيوت[16]

---

(١) قوله: "أى صيد كان" أى المسموع حسه أى صيد كان يؤكل لحمه أولا. (ك)

(٢) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" أى عن أبى يوسف أن المسموع حسه إذا ظهر خنزيرا لا يحل أكل صيد المصاب. (ع)

(٣) قوله: "لتغلظ التحريم" أى لأن الخنزير مغلظ التحريم لا يجوز الانتفاع به بوجه، والسباع وإن كانت محرمة جاز الانتفاع بها، فإذا رمى إلى صيد، يجوز الانتفاع به، فأصاب المأكول، جاز أكله، وإذا رمى إلى صيد لا يحل الانتفاع به بوجه بحال لم يتعلق برميه حكم الاباحة، فلم يحل ما أصاب به. (غن)

(٤) قوله: "لأنه يؤثر إلخ" أى لأن الاصطياد يؤثر فى طهارة جلدها، فإذا أثر الاصطياد فى طهارة جلدها جاز أن يؤثر فى إباحة لحم ما أصابه. (عيني)

(٥) سباع.

(٦) أى من جملة المسموع حسه. (ع)

(٧) والسباع.

(٨) أى إباحة الأكل، فإذا أصاب غيره لا يحل، فكان هو والآدمي سواء. (ع)

(٩) قوله: "وهو فعل مباح" أى الاصطياد فعل مباح فى نفسه، لقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ والاصطياد أخذ الصيد، والصيد اسم لممتنع متوحش فى الأصل، فكانت الآية دليلا لعمومها على إباحة عموم الاصطياد، ولأن الاصطياد إذا كان فيما حل أكله كان الغرض منه الأكل، وإن كان فيما لا يحل أكله، كان الغرض منه الانتفاع بجلده، أو شعره، أو دفع أذيته.

وهذا معنى قوله: وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا، أى يثبت التناول بقدر ما يقبل المحل إن كان يقبل المحل من حيث اللحم يتناول اللحم، وإن كان يقبل تناول الجلد لا اللحم يثبت ذلك، فينتفع بجلده، وإن لم يقبل تناولهما جميعاً، كما فى الخنزير فحينئذ يكون الاصطياد لدفع أذيته، فإذا كان الاصطياد مباحاً حل المصاب إذا كان مأكول اللحم، وإن كان لا يحل أكله. (غن)

(١٠) كما إذا كان خنزيراً.

(١١) أى أن الحس المسموع.

(١٢) كالشاة والبقر.

(١٣) قوله: "لا يحل المصاب" لأنه أرسل إلى غير صيد، فلم يتعلق به حكم الإباحة، فصار كأنه رمى إلى آدمى

أهلي[١]، والظبي الموثق[٢] بمنزلته؛ لما بينا[٣].

ولو رمي إلى طائر، فأصاب صيداً، ومرّ الطائر، ولا يدرى وحشي هو أو غير وحشي؟ حل الصيد؛ لأن الظاهر فيه التوحش[٤]، ولو رمى إلى بعير، فأصاب صيداً، ولا يدري نادّ[٥] هو أم لا؟ لا يحل الصيد؛ لأن الأصل فيه الاستئناس[٦]، ولو رمى إلى سمكة، أو جرادة، فأصاب صيداً، يحل فى رواية عن أبى يوسف؛ لأنه صيد، وفي أخرى عنه لا يحل؛ لأنه[٧] لا ذكاة فيهما.

ولو رمى فأصاب المسموع حسه، وقد ظنه[٨] آدميًا، فإذا هو صيد يحل[٩]؛ لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه[١٠].

عالما، فأصاب صيداً، فإنه لا يؤكل. (ع)

(١٤) إذا الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش. (ع)

(١٥) داجن بزد غير آن كه بجاى الفت وانس گرفته باشد. (م)

(١٦) أى يسكنها وينزل فيها. (عينى)

(١) قوله: "أهلي" أى لو أرسل كلبه على طير أهلي، فأصاب صيداً لم يؤكل؛ لأن المرمى إليه لا يجوز صيده بالكلب، وهو كالشاة. (غن)

(٢) قوله: "والظبي الموثق [المشدد بالوثاق، إيثاق بند كردن، يقال: أوثقه فيه أى شده. من]" أى الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذى يأوى البيوت. (غن)

(٣) إشارة إلى قوله: لأن الفعل ليس باصطياد. (ع)

(٤) حتى يعلم الاستئناس. (غن)

(٥) قوله: "ناد [ند البعير ندا رميده وپراگنده رفت. من]" يقال: ند البعير ندا وندوداً إذ ذهب على وجهه شارداً، كذا فى "الجمهرة". (غن)

(٦) حتى يعلم عدم الاستئناس.

(٧)قوله: "لأنه لا ذكاة فيهما" يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه أن يكون حل أكله مشروطا بالذبح، حتى لو سمع حسًا، فظنه صيداً، فرماه فأصاب ظبيًا، ثم تبين؛ أن المسموع حسه سمكة لا يؤكل الصيد. (ع)

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "يحل" فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين التى تقدمت، وهى أن من سمع حسًا ظنه صيداً فرماه، فأصاب صيداً، ثم تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى، لا يحل الصيد مع أنه لم يقصد به رمى الآدمى، وفى هذه المسألة قصد رمى الآدمى، ورمى الآدمى ليس باصطياد، وقد حل المصاب. أجيب: بأن الفرق ما أشار إليه المصنف بقوله: لأنه لا معتبر إلخ، وبيانه أن فى المسألة الأولى أصاب سهمه غير المسموع حسه، وكان قصده إلى المسموع حسه، والمسموع حسه ليس بصيد، فكان فعله متوجهًا إلى غير الصيد نظرا إلى فعله الذى توجه إلى المسموع حسه، وهو ليس بصيد، فلم يكن فعله اصطياداً، وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد، فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد.

وأما ههنا: فسهمه أصاب عين المسموع حسه، وعينه صيد، فكان الفعل واقعًا على الصيد، وهو الاصطياد بحقيقته، فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذى هو اصطياد، والظن إن وقع مخالفًا لحقيقة فعله كان الظن لغواً، فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد. (ع)

(١٠) أى مع تعين كونه صيداً. (ع)

وإذا سمّى الرجل[١] عند الرمى أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات؛ لأنه ذابح بالرمي، لكون السهم آلة له، فتشترط التسمية عنده، وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة[٢]، ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه[٣].

قال[٤]: فإن أدركه حيًا ذكاه[٥]، وقد بيناها بوجوهها، والاختلاف فيها[٦] فى الفصل الأول[٧]، فلا نعيده.

قال[٨]: وإذا وقع السهم بالصيد، فتحامل[٩] حتى غاب عنه[١٠]، ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتًا[١١] أكل[١٢]، وإن قعد عن طلبه، ثم أصابه ميتًا لم يؤكل؛ لما روى[١٣] عن النبى عليه السلام[١٤]: «أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامى وقال لعل هوام الأرض قتلته»*.

ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم، فما[١٥] ينبغى أن يحل أكله؛ لأن الموهوم

---

(١) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى لذكاة الاضطرار. (غن)

(٣) قوله: "على ما بيناه" أى فى فصل الجوارح عند قوله: ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية. (غن)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "ذكاه" لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود من البدل، فيبطل حكم البدل، وذلك لأن ذكاة الاضطرار بدل من ذكاة الاختيار. (غن)

(٦) قوله: والاختلاف فيها" بالنصب عطفا على الضمير فى قوله بيناه، وهو السماع، ويجوز بالجر عطفًا على قوله: بوجوهها أى بوجوه المسألة. (غن)

(٧) أى فى فصل الجوارح. (غن)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "فتحامل [تحامل فى الأمر بخود گرفت كار را بمشقت. من]" التحامل فى المشى أن يتكلفه فى مشقة وأعياء، يقال: تحاملت فى المشى ومنه، ربما يتحامل الصيد ويتطير أى يتكلف الطيران، والتحامل أيضًا الظلم، يقال: تحامل على فلان إذا لم يعدل، إلا أن الأول يحمل نفسه على تكلف المشى، والثانى يحمل الظالم على الآخر.

(١٠) أى توارى عن بصره.

(١١) ووجد فيه جراحة سهم لا غير.

(١٢) قوله: "أكل" لأنه إذا لم يقعد عن طلبه، ولم يشتغل بعمل آخر يجعل كأنه مات بمرئى عينا الصائد دفعا للحرج، وهو مدفوع شرعًا؛ لأن الاصطياد يكون غالبًا فى المشاجر والبرارى، وتوارى الصيد فيها غالب، فما لم يقعد عن طلبه حل أكله، دفعًا للضرورة، ولا ضرورة فيما إذا اشتغل بعمل آخر، فلا يؤكل. (غن)

(١٣) قوله: "لما روى إلخ" روى ابن أبى شيبة فى مصنفه عن أبى رزين عن النبى ﷺ فى الصيد يتوارى عن صاحبه، قال: لعل هوام الأرض قتلته. (غن)

(١٤) كذا رواه القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٤، والدراية ج٢ ص٢٥٥، الحديث ٩٩٦. (نعيم)

فى هذا كالمتحقق؛ لما روينا[١]، إلا أنا أسقطنا اعتباره[٢]، ما دام فى طلبه ضرورة أن لا يعرى[٣] الاصطياد عنه، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه، لإمكان التحرز عن توارٍ[٤] يكون بسبب عمله[٥]، والذى رويناه[٦] حجة على مالك فى قوله: إن ما توارى عنه[٧] إذا لم يبت يحل[٨]، فإذا بات ليلة لا يحل[٩].

ولو وجد به جراحةً سوى جراحة سهمه لا يحل[١٠]؛ لأنه موهوم[١١] يمكن الاحتراز عنه[١٢]، فاعتبر محرمًا، بخلاف وهم الهوام، والجواب[١٣] فى إرسال الكلب فى هذا كالجواب فى الرمى فى جميع ما ذكرناه[١٤].

---

(١٥) نافية.

(١) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «لعل هوام الأرض قتلته». (ع)

(٢) قوله: "إلا أنا أسقطنا إلخ" فإن قيل يكون فى إسقاط اعتباره تخصيص العلة؛ إذ العلة منصوصة، وهو قوله عليه السلام: «لعل هوام الأرض قتلته»، وتخصيص العلة لا يجوز.

قلنا: هذا ليس بتخصيص العلة، بل هذا تخصيص النص، وإنه جائز، ولأنا نقول: العلة إنما تكون علة عند تعريته عن الحرج العظيم، وفى اعتباره حرج عظيم، فلا يكون العلة متحققة، فلا يكون تخصيص العلة. (غن)

(٣) لعدم إمكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامى. (نت)

(٤) توارى: پوشيده شدن أى توارى الصيد.

(٥) صائد.

(٦) من الحديث.

(٧) صائد.

(٨) قوله: "إذا لم يبت يحل" يعنى وان رآى فيه أثر سبع، واحتج مالك على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك، وكأنه بنى الأمر على الغالب؛ لأنه إذا بات عنه، فقد قعد عن طلبه غالبًا. (ع)

(٩) ذكرها تفريعًا، وهى من مسائل "الأصل". (غن)

(١٠) قوله "لا يحل" ترك الطلب، أو لم يتركه؛ لأنه ظهر لموته سببان أحدهما يوجب الحل، والآخر يوجب الحرمة، فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعى: يؤكل؛ لأنه ظهر لموته سبب، وهو ما كان معه من الرمى، والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه، قلنا: لما وجد فيه جرح غيره كان القتل موهوما، والموهوم فى هذا كالمتحقق. (ع)

(١١) قوله: "لأنه موهوم إلخ" لأن الصيد قد يخلو عن رمى الغير، فاعتبر محرمًا، بخلاف وهم الهوام، فإن الاحتراز عنه غير ممكن؛ لأن الصيد لا بد أن يقع على الأرض، والأرض لا يخلو عنها، فلا يحل محرمًا إذا لم يقعد عن الطلب. (عناية)

(١٢) قوله: "يمكن الاحتراز عنه" فإن احتمال قتل الهوام لا زم فى كل صيد يغيب عن عين الصائد، فسقط اعتبار ذلك ما دام فى طلبه كيلا ينسد باب الاصطياد؛ لأنه لا يعرى الاصطياد عنه عادة، بخلاف ما إذا وجد به جراحة سوى جراحة السهم حيث لا يحل؛ لاحتمال الموت بها، وهذا الاحتمال ليس بلازم فى كل ما يغيب عن العين، فلا يسقط عبرته. (ك)

(١٣) أى الحكم.

(١٤) قوله: "كالجواب إلخ" أى إذا أرسل الكلب المعلّم، أو البازى المعلّم، فجرحه فغاب، ثم وجده ميتًا، فإن كان لم يقعد عن طلبه حل إذا لم يكن به جراحة أخرى لم يحل. (غن)

قال(١): وإذا رمى صيداً، فوقع في الماء(٢)، أو وقع على سطح، أو جبل، ثم تردّى(٣) منه(٤) إلى الأرض لم يؤكل(٥)؛ لأنه المتردية، وهو حرام بالنص(٦)؛ ولأنه احتمل الموت بغير الرمي؛ إذ الماء مهلك، وكذا السقوط من عل(٧)، يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله تعالى عنه(٨): «وإن وقعت رميتك(٩) في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك»*.

وإن وقع(١٠) على الأرض ابتداء أكل؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، وفي اعتباره سد باب الاصطياد، بخلاف ما تقدم(١١)؛ لأنه يمكن التحرز عنه(١٢)، فصار الأصل(١٣): أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا، وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه، جرى وجوده(١٤)

(١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٢) فمات.

(٣) تردّى: از جاى بلند افتادن. (م)

(٤) أي من السطح، أو الجبل.

(٥) قوله: "لم يؤكل" هذا إذا لم يقع الجرح مهلكاً في الحال، أما إذا وقع الجرح مهلكاً في الحال، والحياة التي بقيت في الصيد مثل الحياة في المذبوح بعد الذبح، فوقع في الماء، أو على السطح، أو على الجبل، ثم تردى على الأرض، لم يضر، بل يؤكل على ما قال في هذا الفصل.

ولهذا لو وقع في الماء، وبه هذا القدر من الحياة، أو تردى من جبل، أو سطح لا يحرم، وإنما قيد بقوله: ثم تردى منه إلى الأرض؛ لأنه إذا وقع على الجبل ابتداء، أو على السطح، فاستقر عليه، ولم يترد يؤكل. (ك)

(٦) القرآني.

(٧) قوله: "من عل [بمعنى فوق، أتيته من عل بكسر اللام أو ضمها، أي من فوق. ق]" من الظرف المقطوعة عن الإضافة، مبني على الضم، فالظاهر أن المضاف إليه إذا حذف نسياً منسياً يعرب كقبل وبعد. (أعظمي)

(٨) قوله: "لعدي [ابن حاتم رضي الله تعالى عنه]" أخرج البخاري ومسلم عنه أن النبي ﷺ قال له: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع في ماء»، زاد مسلم: «فإنك لا تدري الماء قتله أم سهمك». (ت)

(٩) رمية -بكسر ميم وتشديد ياء- هر صيد وهر دابه كه باو تيرانداخته شود. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٦، والدراية ج٢ ص٢٥٥، الحديث٩٩٧. (نعيم)

(١٠) هذا لفظ القدوري.

(١١) وهو ما إذا وقع على جبل ونحوه ثم تردى إلى الأرض. (عيني)

(١٢) قوله: "لأنه يمكن التحرز عنه" والمعنى فيه أنه اجتمع فيه سبب الإباحة وهو الجرح، وسبب الحرمة وهو الوقوع في الماء لجواز أنه اختنق بالماء، فاجتمع السببان، فلا بد من اعتبار سبب الحرمة إذا كان مما يمكن الاحتراز عنه، والوقوع في الماء مما يمكن الاحتراز عنه، فإنه قد لا يقع في الماء، بخلاف السقوط على الأرض؛ لأنه مما لا يمكن الاحتراز عنه، فسقط اعتباره. (غن)

(١٣) أي الأمر الكلي.

مجرى عدمه؛ لأن التكليف بسبب الوسع[1].

فمما يمكن التحرز عنه، إذا وقع على شجر، أو حائط، أو آجرة[2]، ثم وقع على الأرض، أو رماه، وهو على جبل، فتردى من موضع إلى موضع[3]، حتى تردى إلى الأرض، أو رماه فوقع على رمح[4] منصوب[5]، أو قصبة قائمة[6]، أو على حرف[7] آجرة[8]؛ لاحتمال أن حدّ هذه الأشياء قتله.

ومما لا يمكن[9] الاحتراز عنه، إذا وقع على الأرض كما ذكرناه[10]، أو على ما هو في معناه كجبل، أو ظهر بيت[11]، أو لبنة[12] موضوعة، أو صخرة[13]، فاستقر عليها؛ لأن وقوعه[14] عليه[15] وعلى الأرض سواء.

وذكر في "المنتقى"[16]: لو وقع على صخرة فانشق بطنه[17]، لم يؤكل لاحتمال الموت[18] بسبب آخر[19]، وصححه[20] الحاكم الشهيد[21]، وحمل مطلق المروي في

---

(١٤) فيعفو.

(١) فيحرم.

(٢) خشت پخته.

(٣) قوله: "فتردى إلخ" قال الكرخي: المتردية التي لا تؤكل أن تقع فوق شيء من السماء، أو من موضع فوقه، ثم وقع من ذلك الموضع إلى موضع آخر، فهذا لا يؤكل وهو المتردد.

وقال القدوري: وهذا صحيح؛ لأن المتردى هو المتردد وذلك؛ لأنه لما اجتمع الحرفان قلبوا أحدهما ياء، كقولهم: تقضى البازى، وإنما هو تقضض، والمتردد وهو أن يقع على شيء ثم على شيء. (غن)

(٤) نيزه.

(٥) نصب -بالفتح- برپا كردن. (م)

(٦) قوله: "أو قصبة قائمة" قصبته محركة كلك وفى دهر چيز كه ميان كاداك باشد چون استخوان. (من)

(٧) بالفتح: كرانه وتيزى هر چيز. (م)

(٨) بالمد وضم جيم: خشت پخته. (م)

(٩) فيحل.

(١٠) آنفًا.

(١١) پشت.

(١٢) خشت خام. (من)

(١٣) سنگ بزرگ. (م).

(١٤) أي الموضوع الذي وقع عليه بمنزلة الأرض. (كف)

(١٥) على كل واحد من الجبل وأخواته.

(١٦) قوله: "وذكر في المنتقى [تأليف أبي الفضل محمود بن أحمد الشهير بـ"الحاكم الشهيد". كشف الظنون]" يريد بيان ما وقع الاختلاف بين رواية الأصل، وهي قوله: أو صخرة، فاستقر عليها، وبين رواية "المنتقى".

(١٧) إذا انفلق رأسه.

الأصل[١] على غير حالة الانشقاق.

وحمله شمس الأئمة السرخسي[٢] على ما أصابه حد الصخرة، فانشق بطنه[٣] بذلك، وحمل المروى في الأصل[٤]، على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها[٥]، وذلك عفو[٦]، وهذا[٧] أصح، وإن كان الطير مائيًا[٨]، فأن كانت الجراحة لم تنغمس فى الماء[٩]، أكل[١٠]، وإن انغمست لا يؤكل[١١]، كما إذا وقع فى الماء[١٢].

قال[١٣]: وما أصابه المعراض[١٤] بعرضه لم يؤكل، وإن جرحه يؤكل؛ لقوله

---

(١٨) قوله: "لاحتمال إلخ" فإن حصول الموت بالانشقاق ظاهر، وبالرمى موهوم متردد، فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم، فيحرم بخلاف ما إذا لم ينشق؛ لأن موته بالرمى هو الظاهر. (زيلعى)

(١٩) غير الرمى.

(٢٠) أى ما ذكر فى "المنتقى".

(٢١) أبو الفضل. (زيلعى)

(١) المبسوط.

(٢) أى ما ذكر فى "المنتقى".

(٣) وهذا سبب لموته سوى الذكاة. (ك)

(٤) المبسوط.

(٥) أرض.

(٦) كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه. (ع)

(٧) قوله: "وهذا" أى ماحمله شمس الأئمة أصح؛ لأن المذكور فى الأصل مطلق، فيجرى على إطلاقه، وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج إلى الفرق بين الجبل والأرض فى الانشقاق، فإنه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل، وقد ذكر أنه فى معناه. (عناية)

(٨) يعيش فى الماء ووقع فى الماء بعد الجراحة ومات.

(٩) انغماس بآب فرو رفتن. (م) بأن كانت الجراحة فوق الماء.

(١٠) قوله: "أكل" لأنه علم أنه مات من الجراحة لا من الماء؛ لأنه يعيش فى الماء، فى "الدر المختار" لو الطير مائيا فوقع فيه، فان انغمس جرحه فيه حرم، وإلا حل؛ لأنه لا يحتمل موته بسبب الماء.

وذكر فى "الخانية": إن وقع فى الماء فمات لا يؤكل، لعل أن وقوعه فى الماء قتله، ويستوى فى ذلك طير الماء؛ لأن طير الماء إنما يعيش فى الماء غير مجروح، وهكذا فى "الفتاوى العالمگيرية" ونقله فى "الذخيرة" عن السرخسى، كذا فى "رد المحتار". (مل)

(١١) لاحتمال موته بسبب الماء. (عالمگيريه)

(١٢) اى جانور غير آبى زخمى شده در آب افتد. (ترجمه) أى غير المائى. (ع)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "المعراض [تير بى پر كه تير گز خوانند] إلخ" المعراض: السهم بلا ريش، يمضى عرضًا، فيصيب بعرضه لا بحده، كذا فى "المغرب". (كفاية)

عليه السلام فيه[١]: «ما أصاب بحده فكل[٢] وما أصاب بعرضه فلا تأكل»*، ولأنه لا بد من الجرح[٣]؛ ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه[٤].

قال[٥]: ولا يؤكل ما أصابه البندقة[٦]، فمات بها؛ لأنها[٧] تدق[٨] وتكسر[٩] ولا تجرح، فصار كالمعراض[١٠] إذا لم يخرق[١١]، وكذلك[١٢] إن رماه بحجر، وكذلك[١٣] إن جرحه[١٤].

قالوا: تأويله[١٥] إذا كان ثقيلا وبه حدة؛ لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان الحجر خفيفًا، وبه[١٦] حدة[١٧] يحل[١٨]؛ لتعين الموت بالجرح، ولو كان الحجر خفيفًا، وجعله[١٩] طويلا كالسهم، وبه[٢٠] حدة، فإنه يحل؛ لأنه يقتله بجرحه.

---

(١) في باب المعراض.

(٢) قوله: "ما أصاب إلخ" روى في صحيح البخاري والسنن مسنداً إلى الشعبي قال: قال عدي بن حاتم: سألت النبي ﷺ عن المعراض، فقال: «إذا أصاب بحده فكل وإذا أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ». (غاية البيان)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٦، والدراية ج٢ ص٢٥٥، الحديث٩٩٨. (نعيم)

(٣) قوله: "لا بد من الجرح" ودر صورت رسيدن تير گز بعرض آن زخمى شدن صيد يافته نمى شود. (ترجمه)

(٤) في فصل الجوارح.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٦) بالضم: غلوله گلين كه اندازند. (م) طينة مدورة يرمى بها. (عناية)

(٧) قوله: "تدق [أي كوفته وشكسته مى گرداند. (ترجمه)" دق -بالفتح وتشديد قاف- كوفتن. (منتخب)

(٨) كسر بالفتح شكستن. (م)

(٩) قوله: "فصار كالمعراض" إذا لم يخرق، أي المعراض إذا لم يخرق لا يؤكل، فكذا في البندقة، خرق المعراض أي نفذ، وبالراء المهملة تصحيف. (ك)

(١٠) خزق -بالفتح- بهدف رسيدن تير. (مج)

(١١) قوله: "وكذلك [أي لا يؤكل، هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعًا. عن]" لأن الحجر مما يخرق، ولا يجرح. (غن)

(١٢) أي لا يؤكل.

(١٣) أي رماه بحجر وجرحه. (ع)

(١٤) أي تأويل الحرمة حين الجرح.

(١٥) الواو حالية.

(١٦) الواو حالية.

(١٧) تيزى.

(١٨) إن جرحه.

(١٩) الواو حالية.

(٢٠) الواو حالية

ولو رماه بمروة[١] حديدة[٢]، ولم تبضع بضعًا[٣] لا يحل؛ لأنه قتله دقًا، وكذا[٤] إذا رماه بها فأبان[٥] رأسه أو قطع أوداجه[٦]؛ لأن العروق تنقطع بثقل الحجر، كما تنقطع بالقطع، فوقع الشك، أو لعله مات قبل قطع الأوداج.

ولو رماه بعصًا[٧]، أو بعود[٨]، حتى قتله لا يحل؛ لأنه يقتله ثقلا لا جرحًا، اللهم إلا إذا كان[٩] له[١٠] حدة يبضع بضعًا، فحينئذٍ لا بأس به؛ لأنه بمنزلة السيف والرمح، والأصل[١١] في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافًا إلى الجرح بيقين، كان الصيد حلالا، وإذا كان مضافًا إلى الثقل بيقين كان حرامًا[١٢]، وإن وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح، أو بالثقل، كان حرامًا احتياطًا.

وإن رماه بسيف، أو بسكين، فأصابه بحده، فجرحه حل، وإن أصابه بقفا السكين[١٣]، أو بمقبض السيف[١٤] لا يحل؛ لأنه[١٥] قتله دقًا، والحديد وغيره فيه سواء[١٦]، ولو رماه فجرحه، ومات بالجرح إن كان الجرح مُدميًا[١٧]، يحل بالاتفاق.

---

(١) قوله: "بمروة [بالفتح سنگ سفيد درخشنده]" المروة: حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به. (عناية)

(٢) أي حادة وهي صفة لمروة. (غن)

(٣) بضع -بالفتح- بريدن.

(٤) أي لا يحل.

(٥) جدا كرد.

(٦) قوله: "أوداجه" الودجان: تثنية ودج بفتحتين عرقان عظيمان في جانبي قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئي، كذا في "رد المحتار" نقلا عن القهستاني، وقد يقال: الأوداج تغليبًا على عروق أربعة منها، هذان والثالث الحلقوم، وهو مجرى النفس على الصحيح، والرابع المرئي، وهو مجرى الطعام والشراب، كذا في "الدر المختار"، وقيل: إن المرئي مجرى النفس والحلقوم مجرى العلف والماء، وأما الودجان فهما مجرى الدم، كذا قيل.

(٧) بالفتح: چوبيكه بدست گيرند.

(٨) بالضم: چوب. (م)

(٩) قوله: "اللهم إذا إلخ" اللهم كلمة يؤتى بها قبل الاستثناء إذا كان المستثنى عزيزا نادرا كان قصدهم بذلك الاستظهار بمشية الله تعالى في إثبات كونه، ووجوده إيذانًا بأنه بلغ من الندرة حد الشذوذ. (ك)

(١٠) أي للعصا أو العود.

(١١) أي القاعدة الكلية.

(١٢) حتمًا. (زيلعي)

(١٣) ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. (غن)

(١٤) قوله: "أو بمقبض [مقبض -بالفتح- دسته چيزى. م] إلخ" المقبض من السيف -بفتح الميم وكسر الباء- حيث يقبض عليه بمجمع الكف. (غن)

(١٥) أي لأنه يدق ولا يجرح. (غن)

(١٦) قوله: "سواء" أي في شرح الجرح، يعني أن الحديد إذا جرح أكل، وإذا لم يجرح لم يؤكل، وكذا غير

وإن لم يكن[١] مُدميًا فكذلك[٢] عند بعض المتأخرين، سواء كان الجراحة[٣] صغيرة أو كبيرة؛ لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ، أو غلظ[٤] الدم.

وعند بعضهم يشترط[٥] الإدماء، لقوله عليه السلام: «ما أنهر الدم[٦] وأفرى الأوداج فكل»*، شرط[٧] الإنهار، وعند بعضهم إن كانت[٨] كبيرة حل[٩] بدون الإدماء، وإن كانت[١٠] صغيرة لا بد من الإدماء[١١]، ولو ذبح شاة[١٢]، ولم يسل منه الدم، قيل: لا تحل[١٣]، وقيل: تحل[١٤].

ووجه القولين دخل فيما ذكرناه[١٥]، وإذا أصاب السهم[١٦] ظِلف[١٧] الصيد،

الحديد كالمعراض والعود إذا جرح أكل، وإذا لم يجرح لم يؤكل. (غاية البيان)

(١٧) إدماء: خون آلوده گردانيدن. (من)

(١) الجرح.

(٢) أي لا يحل، وهو الأصح عندي لأن أصل الجرح كاف في ذكاة الاضطرار. (غن)

(٣) بالكسر: ريش وزخم. (م)

(٤) خلاف الرقة.

(٥) للحل.

(٦) قوله: "ما أنهر الدم" ملفق من حديثين فقد روى الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون في المغازي، فلا يكون معنا مدى، فقال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنًا أو ظفرًا»، وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة.

والثاني رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله ﷺ عن الذبح بالليطة، فقال: «كل ما أفرى الأوداج إلا سنًا أو ظفرًا»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٦، والدراية ج٢ ص٢٠٥ تحت الحديث٩٩٨. (نعيم)

(٧) صلّى الله عليه وسلّم.

(٨) الجراحة.

(٩) قوله: "حل بدون الإدماء" لأن عدم خروج الدم لعدم الدم، فلا يكون مضرًا. (كف)

(١٠) الجراحة.

(١١) قوله: "لا بد من الإدماء"؛ لأن عدم خروج الدم لضيق المنفذ لا لعدم الدم. (كف)

(١٢) ذكره تفريعًا. (غن)

(١٣) قوله: "قيل: لا تحل" وهو قول أبي القاسم الصفار لانعدام معنى الذكاة، وهو تسييل الدم النجس، وقد قال عليه السلام: «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل». (ك)

(١٤) قوله: "وقيل: تحل" وهو قول أبي بكر الإسكاف، وكان يقول: لا بأس بأكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه السلام: «الذكاة بين اللبة واللحيين»، وقد يحتبس بعض الدم في العروق بحابس يحبسه، كما إذا أكلت الشاة العناب، وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق، فهذا مثله، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(١٥) قوله: "دخل فيما ذكرنا" وهو قوله: وإن كان مُدميًا فكذلك عند بعض المتأخرين، وعند بعضهم يشترط الادماء إلخ. (مل)

أو قرنه[١]، فإن أدماه حل، وإلا فلا، وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه[٢].

قال[٣]: وإذا رمي صيداً، فقطع عضواً منه[٤] أكل الصيد؛ لما بيناه[٥]، ولا يؤكل العضو.

وقال الشافعي: أكلا إن مات الصيد منه[٦]؛ لأنه[٧] مبان بذكاة الاضطرار، فيحل المبان[٨] والمبان منه، كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار، بخلاف ما إذا لم يمت[٩]؛ لأنه[١٠] ما[١١] أبين بالذكاة.

ولنا قوله عليه السلام: «ما أبين من الحي فهو ميت[١٢]»*، ذكر[١٣] الحي مطلقًا، فينصرف[١٤] إلى الحي حقيقةً وحكمًا، والعضو المبان بهذه الصفة[١٥]؛ لأن المبان منه حي حقيقة؛ لقيام الحياة[١٦] فيه، وكذا[١٧] حكمًا؛ لأنه تتوهم سلامته بعد

---

(١٦) ذكرها تفريعاً أيضاً. (غن)

(١٧) بالكسر: سم شگافته چون سم اسپ وگاو وگوسپند ومانند آن. (م)

(١) قرن بالفتح: شاخ. (م)

(٢) قوله: "بعض ما ذكرناه" يريد به قول أبي القاسم الصفار، فإنه شرط سيلان الدم. (ع)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) فمات.

(٥) قوله: "لما بيناه" من أن الرمى مع الجرح مبيح، فلما قطع العضو كان الجرح موجوداً لا محالة، فيحل. (ك)

(٦) أى من هذا القطع.

(٧) عضو.

(٨) قوله: "فيحل المبان إلخ" وذلك لأن قطع أى عضو كان فى ذكاة الاضطرار كقطع الرأس فى ذكاة الاختيار والرأس يؤكل فى ذكاة الاختيار، فكذا البعض المبان فى ذكاة الاضطرار. (غن)

(٩) قوله: "ما إذا لم يمت إلخ" أى بخلاف ما إذا لم يمت بالقطع الذى حصل به الابانة، واحتيج إلى ذكاة أخرى، لأنا قلنا: مبان حصل بسبب الذكاة، وهذا المبان لم يحصل بسبب الذكاة؛ لأنه لم يحل المبان منه فى هذا القطع حتى يكون الإبانة خاصة بسبب الذكاة، وما أبين من الحى لا بسبب الذكاة، فهو حرام. (غن)

(١٠) لأن العضو.

(١١) نافيه.

(١٢) قوله: "ما أبين من إلخ" أخرج أبو داود والترمذى عن أبى واقد الليثى عن النبى ﷺ قال: «ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٧، والدراية ج٢ص٢٥٦، الحديث٩٩٩. (نعيم)

(١٣) صلّى الله عليه وسلّم.

(١٤) بانصراف المطلق إلى الكامل.

(١٥) يعنى أبين من الحى حقيقةً وحكمًا. (ع)

(١٦) وقت الإبانة.

هذه الجراحة[1]، ولهذا[2] اعتبره الشرع، حتى لو وقع فى الماء، وفيه[3] حياة بهذه الصفة يحرم[4].

وقوله: أبين بالذكاة[5]، قلنا[6]: حال وقوعه[7] لم تقع ذكاة؛ لبقاء الروح فى الباقى، وعند زواله[8] لا تظهر فى المبان؛ لعدم الحياة فيه، ولا تبعية لزوالها بالانفصال، فصار هذا الحرف[9] هو الأصل[10]، أن المبان من الحى حقيقة[11] وحكمًا لا يحل، والمبان من الحى صورةً لا حكمًا يحل، وذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح، فإنه حياة صورةً لا حكمًا، ولهذا لو وقع فى الماء، وبه[12] هذا القدر[13] من الحياة، أو تردّى من جبل[14]، أو سطح لا يحرم، فتخرج عليه[15]

---

(١٧) أى حى حكمًا.

(١) أى بعد إبانة هذا العضو. (م)

(٢) أى لكونه حيًا حقيقةً وحكمًا. (م)

(٣) الواو حالية.

(٤) قوله: "يحرم" لجواز أن يكون موته بسبب وقوعه فى الماء. (عينى)

(٥) قوله: "وقوله: أبين بالذكاة" ليجيب عنه بقوله قلنا، وتقريره: سلمنا أن ما أبين بالذكاة يحل، ولكن لا ذكاة ههنا؛ لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح فى الباقى على وجه يمكن الحياة بعده، إذ المفروض ذلك، والجرح اعتبر ذكاة إذا مات منه. أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده، ولهذا لو وجده، وفيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لا بد من ذبحه، وعند زوال الروح وإن كان ذكاة بالنسبة إلى الصيد، لكنه ليس بذكاة بالنسبة إلى المبان؛ لعدم تأثيره فى موته لفقد الحياة فيه حينئذٍ.

فإن قيل: فليكن ذكاة للمبان بتبعية الأكثر إذا مات من ذلك القطع، أجاب بقوله: ولا تبعية يعنى الأقل يتبع الأكثر إذا لم ينفصل عنه، وههنا قد انفصل، فزالت التبعية. (م)

(٦) قوله: "قلنا: حال إلخ "يعنى أن حكم الذكاة إنما يظهر فى المحل عند خروج الروح، فإذا أبين طرف منه، والباقى حى لم يقع الفعل ذكاة، فإذا خرج منه الروح، وصار ذكاة لم يظهر فى الجزء المنفصل؛لأن ظهور حكم الذكاة فى الأجزاء على سبيل التبعية، وقد بطلت بالانفصال. (كف)

(٧) أى فعل الإبانة.

(٨) الروح.

(٩) قوله: "هذا الحرف" أى هذا الوجه العظيم مأخوذ من الحرف بمعنى الجبل العظيم، وأما الحرف بمعنى طرف الشيء، فلا يناسبه. (أعظمى)

(١٠) أى الأمر الكلى. وهو أن إلخ.

(١١) مرتبط بالحى.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أى بقدر ما يكون فى المذبوح.

(١٤) وبه هذا القدر من الحياة.

(١٥) أصل.

المسائل.

فنقول: إذا قطع[١] يدًا، أو رجلا[٢]، أو فخذًا، أو ثلثه[٣] مما يلى القوائم[٤]، أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان، ويحل المبان منه؛ لأنه يتوهم[٥] بقاء الحياة في الباقي، ولو قده[٦] بنصفين، أو قطعه أثلاثًا، والأكثر[٧] مما يلى العجز[٨]، أو قطع نصف رأسه[٩]، أو أكثر منه يحل المبان، والمبان منه؛ لأن المبان منه حي صورةً لا حكمًا، إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح، والحديث[١٠] وإن[١١] تناول السمك، وما أبين منه[١٢]، فهو ميت، إلا أن ميتته[١٣] حلال بالحديث الذى رويناه[١٤].

ولو ضرب[١٥] عنق شاة[١٦]، فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج، ويكره هذا

---

(١) قوله: "إذا قطع [الرامى]" لو رمى صيدًا بسيف، فأبان منه عضو، أو مات، أكل الصيد كله، إلا ما بان، وإن لم يكن بان ذلك العضو منه أكل ذلك العضو أيضًا، وإن تعلق ذلك العضو منه بجلده، فإن كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج، فهو والمبان سواء، وإن كان بحيث يتوهم ذلك لم يكن ذلك إبانة فيؤكل كله.

وإن قطعه بنصفين طولا يؤكل كله؛ لأن لا يتوهم بقاء الصيد حيا بعد ذلك، وكان ذلك بمنزلة الذبح، وإن قطع الثلث منه مما يلى العجز فأبانه، فإنه يؤكل الثلثان مما يلى الرأس، ولا يؤكل الثلث الذى مما يلى العجز، وإن قطع الثلث مما يلى الرأس، فإنه يؤكل كله؛ لأن ما بين النصف إلى العنق مذبح؛ لأن الأوداج تكون من القلب إلى الدماغ.

أما إذا أبان الثلث مما يلى العجز لم يتم الذكاة؛ لأنه لم يقطع الأوداج، بخلاف ما إذا أبان الثلث مما يلى الرأس؛ لأنه قطع الأوداج، فيتم الذكاة، فيؤكل، ولهذا لو قدّه بنصفين يتم فعل الذكاة بقطع الأوداج، فيؤكل كله، كذا فى "فتاوى قاضى خان". (عالمگيريه).

(٢) أى يد الصيد، أو رجله إلخ.

(٣) صيد.

(٤) يعنى از جائيكه متصل بقوائم ست اعنى دست و پا. (ترجمه)

(٥) أى يتوهم سلامة الباقى بعد مثل هذا القطع. (غن)

(٦) القد: القطع المستاصل، أو المستطيل. (قاموس) والضمير للصيد كما فى "البدائع". (رد المحتار)

(٧) قوله: "والأكثر إلخ" احتراز عما إذا كان الأكثر مما يلى الرأس، فإنه يؤكل الأكثر لا غير، وهذا لأن الأوداج من القلب إلى الدماغ، فإن أبان الثلث مما يلى العجز لم يقع الفعل ذكاة؛ لعدم قطع الأوداج، وإنما وقعت بموته، والجزء مبان عند ذلك، وأما إذا أبان الثلث مما يلى الراس، فقد وقع الذكاة بقطع الأوداج، وحينئذ لم يكن الجزء مبانًا. (عناية)

(٨) بالفتح وكسر جيم وضم آن: سرين وپس هر چيزى. (م)

(٩) طولا أو عوضًا. (بدائع، رد المحتار.)

(١٠) أما ما أبين من الحى إلخ.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) سمك.

(١٣) سمك.

(١٤) وهو: «أحلت لنا ميتتان ودمان». (ك)

(١٥) وسمى. (غن)

الصنيع لإبلاغه[١] النخاعة[٢]، وإن ضربه[٣] من قبل القفا، إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل[٤]، وإن لم يمت حتى قطع الأوداج حل.

ولو ضرب صيداً[٥] فقطع يداً أو رجلا، ولم يبنه، إن كان يتوهم الالتئام[٦] والاندمال[٧]، فإذا مات حل أكله[٨]؛ لأنه[٩] بمنزلة سائر أجزاءه، وإن كان لا يتوهم[١٠]، بأن بقي[١١] متعلقًا بجلده حل ما سواه؛ لوجود الإبانة معنى[١٢]، والعبرة للمعاني.

قال[١٣]: ولا يؤكل صيد المجوسى[١٤] والمرتد والوثنى[١٥]؛ لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه فى الذبائح، ولا بد منها[١٦] فى إباحة الصيد، بخلاف النصرانى واليهودى؛ لأنهما من أهل الذكاة اختياراً فكذا اضطراراً.

قال[١٧]: ومن رمى صيداً فأصابه، ولم يثخنه[١٨] ولم يخرجه عن حيز

---

(١٦) بسيف من طرف الأسفل.

(١) قوله: "لإبلاغه" وقد نهى النبى ﷺ أن ينخع الشاة إذا ذبحت. (غن)

(٢) قوله: "النخاع" النخاع بالضم والفتح مغز مهره پشت كه آن را حرام مغز گويند. (منتخب)

قوله: "النخاع" النخاع خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب. (ن)

(٣) فأبان الرأس. (غن)

(٤) قوله: "لا يحل" لأن الذكاة إنما يحصل إذا قطع الأوداج. (غن)

(٥) ذكرها تفريعًا. (غن)

(٦) باهم ديگر پيوسته شدن وبهم آمدن. (م)

(٧) اندملت القرحة برأت وصلحت. (مغرب)

(٨) قوله: "حل أكله" لأنه لم يوجد الإبانة لا حقيقة ولا اعتباراً، فيحل كما يحل سائر الأجزاء. (غن)

(٩) فهذا جرح، وليس بإبانة. (كف)

(١٠) الالتئام والاندمال.

(١١) فمات.

(١٢) وإن اتصلت صورة.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "ولا يؤكل إلخ" وذلك لأن الجرح فى الصيد بمنزلة الذكاة، فمن لم يكن أهلا للذكاة، كهؤلاء فلا يحل صيده، ومن كان أهلا لها حل صيده كالمسلم غير المحرم واليهودى والنصرانى، والولد الحادث بين اليهودى والمجوسى حل ذبيحته؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين دينا، والكتابى أقرب إلى الإسلام. (غن)

(١٥) وغيرهم من الكفار سوى أهل الكتاب، وفى بعض النسخ: والمحرم. (غن)

(١٦) أى من أهلية الذكاة.

(١٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٨) إثخان: سست كردن جراحت كسى را. (م) يقال: أثخنته الجراحة أى أوهنته. (غن)

الامتناع[١]، فرماه آخر فقتله، فهو للثاني ويؤكل[٢]؛ لأنه هو الآخذ[٣]، وقد قال عليه السلام*: «الصيد لمن أخذ[٤]»، وإن كان الأول[٥] أثخنه[٦] فرماه الثاني، فقتله فهو للأول[٧]، ولم يؤكل؛ لاحتمال الموت بالثاني، وهو[٨] ليس بذكاة[٩]، للقدرة على ذكاة الاختيار.

بخلاف الوجه الأول[١٠]، وهذا[١١] إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد[١٢]؛ لأنه حينئذٍ يكون الموت مضافًا إلى الرمي الثاني.

أما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد، بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح[١٣]، كما إذا أبان رأسه يحل؛ لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني[١٤]؛ لأن وجوده وعدمه بمنزلة.

وإن كان الرمي الأول بحال، لا يعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح[١٥]، بأن كان يعيش يوما أو دونه[١٦].

---

(١) قوله: "عن حيز [عن الآخذ]" حيز الحيز كل مكان، وقولهم في حيز التواتر أي في جهته ومكانه، وهو مجاز. (مصفى)

(٢) قوله: "ويؤكل" لأن الثاني هو الذي صاده، فإن الثاني قتله قبل أن يخرج الصيد عن حيز الامتناع بإصابة الأول، ولم يوجد الحاظر. (غن)

(٣) دليل لقوله: فهو للثاني.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٨، والدراية ج٢ص٢٥٦ تحت الحديث٩٩٩. (نعيم)

(٤) قوله: "الصيد لمن أخذ" قال الزيلعي: غريب، وقد روى من سفيان عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره»، كذا في "التذكرة" لأبي عبد الله محمد ابن حمدون. (مل)

(٥) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (ع)

(٦) أي ضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع. (غ)

(٧) قوله: "فهو للأول" وذلك لأن الأول أخرجه من أن يكون صيداً، فصار آخذاً له حكمًا، والصيد لمن أخذ، ولا يؤكل؛ لأنه لما خرج عن حيز الامتناع صار أهليًا، فكان ذكاته كأنه ذكاة الاختيار لا ذكاة الاضطرار، ثم لما رماه الثاني صار كمن رمى شاة فقتلها، فلا يحل. (غن)

(٨) أي الموت بالثاني.

(٩) فإن الصيد خرج بالأول عن الصيدية.

(١٠) فإنه لم يخرج بالأول عن الصيدية.

(١١) أي عدم الأكل.

(١٢) فإذا رماه الثاني فإنه لا يحل؛ لأنه إلخ.

(١٣) بعد الذبح للاضطراب. (غن)

(١٤) بل إلى الرمي الأول.

فعلى قول أبي يوسف: لا يحرم بالرمى الثانى؛ لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده.

وعند محمد يحرم؛ لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه، فصار الجواب فيه[١]، والجواب فيما إذا كان الأول[٢] بحال يسلم منه الصيد سواء فلا يحل.

قال[٣]: والثانى ضامن لقيمته للأول[٤]، غير ما نقصته جراحته[٥]؛ لأنه بالرمى أتلف صيداً مملوكًا له؛ لأنه ملكه بالرمى المثخن، وهو[٦] منقوص بجراحته، وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف.

قال رضى الله تعالى عنه[٧]: تأويله إذا علم[٨] أن القتل حصل بالثانى، بأن كان الأول[٩] بحال يجوز أن يسلم الصيد منه[١٠]، والثانى بحال لا يسلم الصيد منه؛ ليكون القتل كله مضافًا إلى الثانى، وقد[١١] قتل حيوانًا مملوكًا للأول[١٢] منقوصًا بالجراحة[١٣]، فلا يضمنه كملا[١٤]، كما إذا قتل[١٥] عبداً مريضاً[١٦].

---

(١٥) فى المذبوح للاضطراب.

(١٦) لولا الذكاة.

(١) قوله: "فصار إلخ" يعنى إذا كان معتبراً على مذهبه، كان الجواب فى هذه المسألة عنده كالجواب فيما إذا كانت الرمية الأولى أثخنته، وكان بحال يتوهم أن يسلم الصيد منها، فمتى رماه الثانى لا يحل، فكذا هذا. (غن)

(٢) أى الرمى الأول.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) أى لقيمته مجروحًا بالجراحة الأولى. (غن)

(٥) أى يستثنى من قيمته ما نقصته جراحة.

(٦) صيد.

(٧) أى المصنف.

(٨) قوله: "إذا علم إلخ" فإن علم أنه مات من الأول، فهو للأول، وعلى الثانى ضمان ما نقصته جراحته؛ لأن الأول قد اصطاده، والفعل من الثانى نقص ملك الأول فيضمن. (ك)

(٩) أى الرمى الأول.

(١٠) بأن أبان الثانى رأسه مثلا. (غن)

(١١) الواو حالية

(١٢) لأن الرمية الأولى لما أثخنته صار مملوكًا للأول. (غن)

(١٣) الأولى.

(١٤) قوله: "كملا" محركة تمام، يقال: أعطاه الحال كملا أى كاملا. (من)

(١٥) فلا يضمن قيمته صحيحًا. (غن)

وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين، أو لا يدرى، قال فى "الزيادات"[١]: يضمن الثانى ما نقصته جراحته، ثم يضمن نصف قيمته مجروحًا بجراحتين، ثم يضمن نصف قيمة لحمه، أما الأول[٢]: فلأنه جرح حيوانًا مملوكًا للغير، وقد نقصه، فيضمن ما نقصه أولا.

وأما الثانى[٣]: فلأن الموت حصل بالجراحتين، فيكون هو متلفًا نصفه، وهو[٤] مملوك لغيره، فيضمن نصف قيمته مجروحًا بالجراحتين؛ لأن الأولى[٥] ما[٦] كانت بصنعه[٧]، والثانية[٨] ضمنها مرة[٩]، فلا يضمنها ثانيًا.

وأما الثالث[١٠]: فلأن بالرمى الأول صار بحال يحل[١١] بذكاة الاختيار لولا رمى الثاني، فهذا[١٢] بالرمى الثاني، أفسد عليه[١٣] نصف اللحم، فيضمنه[١٤]، ولا

---

(١٦) أو شاةً مجروحةً. (زيلعى)

(١) قوله: قال فى "الزيادات" إلخ" بيان لحكم الضمان، ولم يذكر حكم الأكل، وحكمه أنه لا يؤكل؛ لأن إحدى الجراحتين تعلق بها الحظر والأخرى تعلق بها الإباحة، وإنما لم يذكره؛ لأنه يعلم بذلك، وإنما كان حكم صورة الجهالة، وهو أن لا يدرى أن الموت حصل بأيهما، كصورة العلم بذلك؛ لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً، فيضاف إليهما، قيل: كان الواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة، وهو فاسد؛ لأن ضمان نقصان الجراحة إنما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة، فكيف يدخل فيه؟(ع)

(٢) وهو ضمان ما نقصته جراحته. (زيلعى)

(٣) وهو ضمان نصف قيمته حيًا. (زيلعى)

(٤) الواو حالية.

(٥) الجراحة الأولى.

(٦) نافيه.

(٧) فلا تكون مضمونًا عليه.

(٨) أى الجراحة الثانية.

(٩) وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا. (زيلعى)

(١٠) وهو ضمان نصف اللحم. (زيلعى)

(١١) قوله: "صار بحال إلخ" لأن الأول لما أثخنه، وأخرجه من حيز الامتناع صار بمنزلة شاة مملوكة لا يحل بذكاة الاضطرار، ويحل بذكاة الاختيار لو لم يكن رمى الثاني، فهو بالرمى الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه.

فإن قيل: لم لا يدخل ضمان نصف اللحم فى ضمان نصف قيمته، فإن من أتلف شاة غيره يضمن قيمتها، ولا يضمن لحمها ثانيًا.

قلنا: لما مات الصيد يضمن نصف قيمة الصيد منقوصاً بالجراحتين؛ لأنه يكون متلفًا نصفه حيث أضيف الموت إلى فعلهما، ولكن منقوصاً بالجراحين؛ لأن أحدهما بفعل الغير والأخرى ضمنها مرةً، ثم إنما يضمن قيمة لحم النصف الآخر لا الذى ضمنه مرةً؛ لأن كل الصيد كان منتفعًا فى حق صاحبه بواسطة الذكاة، والثاني برميه، أخرجه عن أن يكون منتفعاً به فى حقه، فعلم أن تكرر الضمان لا يكون بازاء محل واحد، بخلاف المستشهد، وإن لم يعلم بأى الجراحتين مات، فهو كما إذا لو علم بأنه مات منهما، لأن كل واحد من الجراحتين سبب القتل ظاهراً، فيضاف إليهما. (ك)

يضمن النصف الآخر؛ لأنه ضمنه مرة، فدخل ضمان اللحم فيه، وإن كان رماه الأول ثانيًا[١]. فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره[٢]، ويصير كما إذا رمى صيدًا على قُلة[٣] جبل، فأثخنه[٤]، ثم رماه ثانيًا، فأنزله[٥] لا يحل؛ لأن الثاني[٦] محرم، كذا هذا[٧].

قال[٨]: ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل؛ لإطلاق ما تلونا[٩]. والصيد لا يختص بمأكول اللحم، قال قائلهم: شعر:

صيد الملوك أرانب[١٠] وثعالب[١١] ... وإذا ركبت فصيدي الأبطال[١٢]

ولأن صيده[١٣] سبب للانتفاع بجلده أو شعره، أو ريشه[١٤]، أو لاستدفاع شره، وكل ذلك مشروع، والله أعلم بالصواب.

كتاب الرهن[١٥]

الرهن[١٦] لغةً: حبس الشيء[١٧] بأيّ سبب كان، وفي الشريعة: جعل الشيء

---

(١٢) أي الثاني.

(١٣) أي على الأول.

(١٤) الثاني.

(١) قوله: "وإن كان رماه إلخ" يعني أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامي الثاني غير الرامي الأول، وهذا فيما إذا رماه الأول ثانيًا، فالجواب في حكم الإباحة إلخ يعني لا في حكم الضمان؛ لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعل نفسه.(ع)

(٢) الأول.

(٣) سر كوه. (م)

(٤) أي أوهنه.

(٥) فرود آورد

(٦) أي الرمي الثاني.

(٧) أي يكون الرمي الثاني محرمًا.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) أي ﴿إذا حللتم فاصطادوا﴾.

(١٠) أرنب -بالفتح- خرگوش. (م)

(١١) ثعلب: روباه. (م)

(١٢) بالفتح: دليران جمع بطل.

(١٣) أي اصطياد ما لا يؤكل لحمه. (غن)

(١٤) ريش بالكسر: پر مرغ. (م)

(١٥) قوله: "كتاب الرهن [بالفتح: گرو وگرو دادن. م]" مناسبة الرهن بالصيد من حيث إن كل واحد من الرهن والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال. (غن)

محبوسًا بحق[١] يمكن استيفاءه[٢] من الرهن[٣] كالديون[٤].

وهو مشروع لقوله تعالى[٥]: ﴿فرهان[٦] مقبوضة﴾، ولما روى: «أنه عليه السلام اشترى[٧] من يهودى طعامًا ورهنه بها[٨] درعه»*، وقد انعقد على ذلك[٩] الإجماع، ولأنه عقد وثيقة[١٠] لجانب الاستيفاء، فيعتبر[١١] بالوثيقة[١٢] فى طرف الوجوب وهى الكفالة.

قال[١٣]: الرهن ينعقد[١٤] بالإيجاب والقبول[١٥]، ويتم بالقبض، قالوا[١٦]:

---

(١٦) قوله: الرهن إلخ" يقال: رهنت الرجل الشىء، ورهنته عنده، واسترهننى كذا فرهنته عنده، وارتهنه أخذه رهنًا، والرهن المرهون، والجمع رهون ورهان ورهن. (مغرب)

(١٧) قوله: "حبس الشىء [أى شىء كان]" قال الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ أى محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصى. (ك)

(١) قوله: "بحق" إنما قيدنا بالحق؛ لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب أيضًا، والحق يشملهما. (غن)

(٢) احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص. (ع)

(٣) بمعنى المرهون. (ع)

(٤) قوله: "كالديون" حتى لا يصح الرهن إلا بدين واجب ظاهرًا وباطنًا، فأما بدين معدوم فلا يصح، إذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء، والاستيفاء يتلو الوجوب. (ك)

(٥) ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبًا فرهان﴾ إلخ.

(٦) جمع الرهن، كالعباد جمع العبد. (غن)

(٧) قوله: "اشترى [بالمدينة] إلخ" أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله تعالى عنها: «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعامًا إلى أجل ورهنه درعًا له من حديد»، انتهى.

وفى لفظ للبخارى: «ثلاثين صاعًا من شعير»، وأخرج الترمذى عن ابن عباس قال: قبض النبى ﷺ وأن درعه مرهونة عند رجل من يهودى على ثلثين صاعًا من شعير، أخذها رزقًا لعياله. (ت)

(٨) أى بقيمته. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٩، والدراية ج٢ ص٢٥٧، الحديث ١٠٠٠. (نعيم)

(٩) على جوازه.

(١٠) قوله: "لأنه عقد وثيقة [الوثيقة ما يوثق به الشىء، ويؤكد به. غن] إلخ" تقريره: أن للدين طرفين، طرف الوجوب وطرف الاستيفاء؛ لأنه يجب أولا فى الذمة، ثم يستوفى المال بعد ذلك، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة، وهى الكفالة جائزة، فكذلك الوثيقة التى تختص بالمال بالطريق الأولى؛ لأن الاستيفاء هو المقصود، والوجوب وسيلة إليه. (ع)

(١١) أى فقياس.

(١٢) لأن الحاجة إلى الوثيقة ماسة من الجانبين.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) على ذلك عامة المشايخ.

(١٥) قوله: "بالإيجاب إلخ" الإيجاب هو قول الراهن: رهنتك هذا المال بدين لك على وما أشبهه، والقبول هو

الركن الإيجاب بمجرده[(١)]؛ لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة، والقبض شرط اللزوم[(٢)]، على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

وقال مالك: يلزم بنفس العقد[(٣)]؛ لأنه يختص بالمال من الجانبين، فصار كالبيع[(٤)]؛ ولأنه عقد وثيقة[(٥)]، فأشبه الكفالة. ولنا ما تلوناه[(٦)]، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء[(٧)] يراد به الأمر[(٨)]، ولأنه عقد تبرع[(٩)]؛ لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئًا، ولهذا[(١٠)] لا يجبر عليه، فلا بد[(١١)] من إمضاءه[(١٢)]، كما في الوصية[(١٣)]، وذلك[(١٤)] بالقبض، ثم يكتفى فيه بالتخلية[(١٥)] في

قول المرتهن قبلت. (عيني)

(١٦) قوله: "قالوا [أي قال بعض المشايخ. غن] إلخ" أراد به شيخ الإسلام خواهر زاده، الركن الإيجاب بمجرده؛ لأنه عقد تبرع، وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع، فالرهن يتم بالمتبرع، وأما إنه عقد تبرع؛ فلأن الراهن لا يستوجب بإزاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيئًا، ولا نعني بالتبرع إلا كذلك، وأما إن كل ما هو كذلك يتم بالمتبر ع كالهبة والصدقة. (ع)

(١) قوله: "الإيجاب بمجرده" فاختلفوا في القبول، قال بعضهم: إنه شرط، وظاهر ما ذكر في "المحيط" يشير إلى أنه ركن، فإنه قال في الأيمان، الإجارة بدون القبول ليست بإجارة، وكذا الرهن، حتى لا يحنث من حلف لا يؤاجر أولا يرهن بدون القبول، وهكذا ذكره في "المنتقى". (ك)

(٢) وقال بعض أصحابنا: شرط الجواز. (ك)

(٣) أي بالإيجاب والقبول.

(٤) فلا يشترط فيه القبض. (غن)

(٥) فيلزم بالقبول. (ك)

(٦) قوله: "ولنا ما تلوناه" أي قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ وصف الرهن بكونها مقبوضة، والنكرة إذا وصفت عمت كقوله: والله لا أكلم إلا رجلا كوفيًا، فيقتضي أن يكون كل الرهن مشروعًا بهذه الصفة. (غن)

(٧) قوله: "والمصدر إلخ" ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر؛ لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال، وقوله مقبوضة بالتانيث دال على أنه جمع، وليس بمصدر، وإنما قال: والمصدر المقرون، لأنه تقديره -والله أعلم- فرهن رهان مقبوضة، ووصفها بأنها مقبوضة باعتبار المال. (ك)

(٨) قوله: "يراد به الأمر" نظيره قوله تعالى: ﴿فضرب الرقاب﴾ أي فاضربوها، وقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أي فليحرر، فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضًا، وهو قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ بمعنى الأمر، أي فارهنوا أو ارتهنوا. (نت)

(٩) دليل معقول على اشتراط القبض. (ع)

(١٠) أي لكونه تبرعا.

(١١) يعني لا بد لثبوت الاستحقاق من الإمضاء. (غن)

(١٢) أي إنفاذ الرهن.

(١٣) قوله: "كما في الوصية" لأنها عقد تبرع لا يستحق إلا بالإمضاء، ولكن إمضاءها بأن لا يرجع إلى الموت عنها صريحًا، أو دلالة. (عيني)

(١٤) أي الإمضاء.

(١٥) قوله: "بالتخلية" أراد بالتخلية رفع الموانع عن القبض، يعني أن الراهن إذا خلا بين المرتهن، والمرهون يعتبر

ظاهر الرواية؛ لأنه قبض بحكم عقد مشروع، فأشبه قبض المبيع.

وعن أبي يوسف: أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل؛ لأنه[١] قبض موجب للضمان[٢] ابتداء بمنزلة الغصب[٣]، بخلاف الشراء[٤]؛ لأنه ناقل للضمان[٥] من البائع إلى المشتري، وليس بموجب ابتداء، والأول[٦] أصح.

قال[٧]: فإذا قبضه المرتهن محوزًا[٨] مفرغًا متميزًا تم العقد[٩] فيه[١٠]؛ لوجود القبض بكماله، فلزم العقد، وما لم يقبضه[١١]، فالراهن بالخيار إن شاء سلمه[١٢]، وإن شاء رجع عن الرهن؛ لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض؛ إذ المقصود لا يحصل قبله[١٣].

قال[١٤]: وإذا سلمه إليه فقبضه، دخل في ضمانه، وقال الشافعي: هو[١٥] أمانة

قابضًا، كما إذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشتري. (غن)

(١) أي قبض الرهن. (ع)

(٢) قوله: "موجب للضمان إلخ" أراد بابتداء الضمان أن لا يكون مضمونًا قبل العقد، والرهن لم يكن مضمونًا على الراهن، حتى يكون الرهن نقلا للضمان، فكان وجوب الضمان على المرتهن ابتداء، كما في الغصب. (ك)

(٣) يعني كما أن المغصوب لا يصير مضمونًا بالتخلية بدون النقل، فكذا المرهون. (كف)

(٤) جواب عن قياس وجه الظاهر. (ع)

(٥) قوله: "لأنه [أي لأن القبض في الشراء] ناقل إلخ" فإن المبيع قبل التسليم إلى المشتري كان مضمونًا على البائع بالثمن، فانتقل المبيع منه إلى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم إليه، فلم يكن مضمونًا ابتداء. (ك)

(٦) قوله: "والأول" أي ظاهر الرواية، وهو ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون اشترط النقل أصح؛ لأن الرهن إنما يقبض بجهة استيفاء الدين، ثم أن الراهن إذا خلا بين المرتهن ودينه يعتبر قابضًا، وذلك حقيقة الاستيفاء، فكذا يعتبر قابضًا إذا خلا بينه وبين الرهن، وهو جهة الاستيفاء. (غن)

(٧) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "محوزًا" أي مقسومًا، وهو احتراز عن رهن المشاع، فإنه لا يجوز عندنا، وقوله: مفرغًا أي عن ملك الراهن، وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن، وقوله: متميزًا أي لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة، كما لو رهن الثمر على رأس الشجر دون الشجر؛ لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة، فصار كالشائع. (كف)

(٩) أي عقد الرهن. (غن)

(١٠) أي في المرهون. (غن)

(١١) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غن)

(١٢) مرهون.

(١٣) قوله: "لا يحصل قبله" أي قبل القبض؛ لأن الرهن استيفاء الدين حكمًا، والاستيفاء حقيقةً لا يكون بدون القبض، فكذا الاستيفاء حكمًا؛ ولأن المقصود إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه، وذلك إنما يكون بالقبض. (كفاية)

(١٤) أي القدوري في "مختصره".

(١٥) موهون.

في يده، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه؛ لقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن[١] -قالها[٢]: ثلاثًا- لصاحبه غنمه[٣] وعليه[٤] غرمه[٥]»*، قال: ومعناه[٦] لا يصير[٧] مضمونًا بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين، فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارًا بهلاك الصك[٨]، وهذا[٩] لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة[١٠].

والسقوط[١١] بالهلاك يضادّ ما اقتضاه[١٢] العقد[١٣]، إذ الحق به يصير بعرض[١٤] الهلاك، وهو ضد الصيانة، ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق[١٥] فرس الرهن عنده: «ذهب حقك[١٦]»**، وقوله عليه السلام: «إذا عمى[١٧] الرهن[١٨]

---

(١) قوله: "لا يغلق الرهن [غلق -بفتحتين- مستحق ومالک شدن گروستاننده گرو را. م] إلخ" أخرجه ابن حبان في "صحيحه" والحاكم في "المستدرك" عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن» والرهن ممن رهنه له غنمه، وعليه غرمه، انتهى.

وقال أبو داود: وقوله: له غنمه وعليه غرمه من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهري، وقال: هذا هو الصحيح، وقوله في الكتاب: قالها: ثلاثًا، لم أجده في شيء من طرق الحديث. (ت)

قوله: "لا يغلق إلخ" قال في الفائق: يقال غلق الرهن غلوقا، إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر على تخليصه كان من أفاعيل الجاهلية، أن الراهن إذا لم يرد ما عليه في الوقت الموقت ملك المرتهن الرهن. (غن)

(٢) أي قال النبي ﷺ هذه الألفاظ.

(٣) زوائد، پير دزى بچيزى دست رنج. (من)

(٤) أي لو هلك لهلك على الراهن. (ك)

(٥) بالضم: تاوان. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٩، والدراية ج٢ ص٢٥٧، الحديث١٠٠١. (نعيم)

(٦) أي معنى قوله: لا يغلق الرهن.

(٧) المرهون.

(٨) معرب چک نامه وقباله.

(٩) أي عدم سقوط الدين.

(١٠) أي صيانة الدين.

(١١) أي سقوط الدين.

(١٢) وهو الصيانة.

(١٣) أي عقد الرهن.

(١٤) پيش آمدن. (ص)

(١٥) نفق -بفتحتين- نيست شدن. (م) يقال: نفقت الدابة إذا هلكت نفوقًا. (غن)

(١٦) قوله: "ذهب حقك [أخرجه أبو داود في "مراسيله" عن عطاء. ت]" وحقه الدين، فيكون ذاهبًا، لا يقال: المراد به ذهب حقك من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر؛ لأن الأول مشاهد، فلا حاجة إلى الإخبار عنه، والثاني ليس بحق عنه، ولأنه ذكر الحق منكرًا في أول الحديث، وهو أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه، فنفق عنده، فاختصما إلى النبي ﷺ، فقال للمرتهن «ذهب حقك»، فذكر الحق منكرا، ثم أعاد معرفًا بالإضافة، وفي ذلك يكون الثاني عين

فهو بما فيه»*، معناه: على ما قالوا: إذا اشتبهت[٢] قيمة الرهن[٣] بعد ما هلك وإجماع الصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم على أن الرهن[٤] مضمون مع اختلافهم[٥] في كيفيته[٦]، فالقول بالأمانة خرق له، والمراد بقوله عليه السلام[٧]: «لا يغلق الرهن»** على ما قالوا: الاحتباس الكلى.

والتمكّن بأن يصير[٨] مملوكًا له، كذا ذكر الكرخى عن السلف، ولأن الثابت[٩] للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس؛ لأن الرهن ينبئ[١٠] عن

الأول، كذا في "النهاية". فيه نظر؛ لأن أحدهما كلام الراوى، والآخر كلام النبى عليه السلام، ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة، إلا إذا علم أن المنكر كان واقعًا من المرتهن في حضرة النبى عليه السلام، ولا يعلم ذلك. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢١، والدراية ج٢ ص٢٥٧، الحديث ١٠٠٢. (نعيم)

(١٧) قوله: "إذا عمى [أى خفى، في "منتهى الأرب" عمى پوشيده شدن كار بر كسى] إلخ" رواه أبو داود في "مراسيله" عن الأوزاعى عن النبى ﷺ قال: «الرهن بما فيه» انتهى، قال ابن القطان: مرسل صحيح، وأخرج الطحاوى بسند صحيح عن أبى الزناد قال: أدركت من فقهائنا الذين ينتمى إلى قولهم، منهم سعيد ابن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم أنهم قالوا: الرهن بما فيه، إذا كان هلك، وعميت قيمته، ويرفع ذلك، منهم الثقة إلى رسول الله ﷺ. (ت)

(١٨) أى المرهون.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢١، والدراية ج٢ ص٢٥٧، الحديث ١٠٠٣. (نعيم)

(٢) قوله: "إذا اشتبهت إلخ" يعنى إذا قال الراهن: لا أدرى كم كان قيمة الرهن، وقال المرتهن: كذلك، يكون الرهن بما فيه من الدين، حكى هذا التأويل عن أبى جعفر. (ع)

(٣) المرهون.

(٤) أى المرهون.

(٥) قوله: "مع اختلافهم" قال أبو بكر وعلى رضى الله تعالى عنهما: هو مضمون بالقيمة، وقال عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما: هو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، وقال ابن عباس: هو مضمون بالدين، قلت قيمة أو كثرت، وهو قول شريح. (كف)

(٦) ضمان.

(٧) قوله: "والمراد [جواب عما قال الشافعى] إلخ" يعنى أنه لم يفهم أحد من اللغة من قوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن» نفى الضمان عن المرتهن، وذكر الكرخى عن السلف، كطاوس وابراهيم وغيرهما أنهم اتفقوا على أن المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسًا، لا يمكن فكاكه، بأن يكون مملوكًا للمرتهن.

والدليل عليه ما روى عن الزهرى، أن أهل الجاهلية كانوا يرتهنون، ويشترطون على الراهن أنه إن لم يقض الدين إلى وقت كذا، فالرهن مملوك للمرتهن، فأبطل رسول الله ﷺ ذلك بقوله «لا يغلق الرهن» وقيل لسعيد ابن المسيب: أ هو قول الرجل: إن لم يأت بالدين إلى وقت كذا، فالرهن بيع بالدين، فقال: نعم.

وقوله: "لصاحبه غنمه" الصاحب يحتمل المرتهن، كما يقال للمضارب: صاحب المال، والحمل عليه أولى؛ لأن حقيقة الصحبة له، فيصير كأنه قال للمرتهن غنمه، أى الزوائد يصير رهنًا عنده، وعليه غرمه، أى هلاك الرهن على المرتهن، وإن كان المراد به الراهن، فالمراد من الغرم نفقة الرهن حال قيامه، والكفن حال موته. (ك)

** وقد تقدم في كتاب الرهن. (نعيم)

(٨) الرهن.

الحبس الدائم، قال الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة(١)﴾، وقال قائلهم(٢): شعر:

وفارقتك(٣) برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى(٤) الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعيةُ تنعطف(٥) على الألفاظ على وفق الإنباء(٦)؛ ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه(٧)، وذلك(٨) ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود(٩) مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون(١٠) عاجزاً عن الانتفاع به(١١)، فيتسارع(١٢) إلى قضاء الدين لحاجته(١٣)، أو لضجره(١٤)، وإذا كان كذلك(١٥) يثبت الاستيفاء من وجه(١٦)، وقد تقرر(١٧) بالهلاك، فلو استوفاه

---

(٩) دليل معقول على المطلوب. (ع)

(١٠) لغةً.

(١) أى محبوسة (ع) بوبال ما اكتسبت من المعاصى. (ع)

(٢) أى زهير.

(٣) قوله: "وفارقتك [محبوبه، خطاب إلى نفسه]" أى ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع، فذهبت به فاحتبس قلبه عندها على وجه لا فكاك له، وليس فيه ضمان ولا هلاك، فدل على أنه يوجب حبس الرهن بالدين، دائماً، قيل: الدوام إنما فهم من قوله: لا فكاك له، لا من لفظ الرهن.

وأجيب: بأنه لما دام وتأبد بنفى الفكاك دل على أنه ينبى عن الدوام، إذ لو لم يكن موجباً لذلك، لما دام بنفى ما يعترضه، بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه، فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم. (ع)

(٤) صار.

(٥) أى تميل، فيكون لفظ الرهن فى العقد الشرعى منبئاً عن الحبس الدائم. (ع)

(٦) خبر دادن. (م) عن المعانى اللغوية.

(٧) استيفاء.

(٨) أى كونه موصلا إليه. (ع)

(٩) قوله: "ليقع الأمن [أى جحود الراهن الدين] إلخ" معناه أن الحبس يفضى إلى أداء الحق؛ لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن؛ لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين، فيحتاج إلى إبقاء الأقل لتخليص الأكثر. (ع)

(١٠) الراهن.

(١١) بالمرهون.

(١٢) الراهن.

(١٣) إلى العين.

(١٤) ضجر بفتحتين دل تنگى وبى آرامى از غم. (م) عن المطالبة، بكون الرهن فى يد المرتهن. (غن)

(١٥) أى لما كان موجب الرهن ملك اليد والحبس. (ك)

(١٦) قوله: "يثبت الاستيفاء من وجه" لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة، وقد حصل بعضه. (ع)

(١٧) لانتفاء احتمال النقض. (ع)

ثانيًا[١]، يؤدي إلى الربا[٢].

بخلاف حالة القيام[٣]؛ لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن، فلا يتكرر، ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه[٤]؛ لأنه لا يتصور[٥]، والاستيفاء يقع بالمالية[٦]، أما العين فأمانة[٧]، حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته[٨]، وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن[٩] لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن؛ لأن العين أمانة، فلا ينوب[١٠] عن قبض ضمان.

وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء[١١]، وهذا يحقق الصيانة[١٢]، وإن[١٣] كان

---

(١) قوله: "فلو استوفاه إلخ" أي لو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيًا أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد، وهو ربا. (ع)

(٢) قوله: "يؤدي [أي إلى تكرار الأداء مما يرجع إلى اليد، وهو معنى الربا. ك] إلى الربا" أقول: لقائل أن يقول: نعم، لو استوفاه ثانيًا أدى إلى الربا، ولكن إذا لم يستوفه ثانيًا أصلا يؤدي إلى ضياع بعض حقه، وهو استيفاء الرقبة، والتأدي إلى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضًا، فالوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور إلى اختيار محذور الربا، فتأمل في الدفع. (نت)

(٣) قوله: "حالة القيام" أي بخلاف ما إذا كان الرهن قائمًا؛ لأنه ينتقض هذا الاستيفاء أي للدين بالحبس بالرد على الراهن، فلا يتكرر الأداء. (ع)

(٤) قوله: "ولا وجه إلى استيفاء الباقي" أي الباقي بعد الاستيفاء يدا، وهو ملك الرقبة بدونه أي بدون الاستيفاء يدًا، وهذا جواب إشكال، وهو أن يقال: يستوفي المرتهن الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا، بأن يستوفيه رقبة لا يدا؛ لأن الاستيفاء يدا تقرر بالهلاك، فبقي من دينه ملك الرقبة، فإذا استوفاه استوفى حقه لا زيادة ولا نقصانًا.

فأجاب بأن استيفاء ملك الرقبة بدون ملك اليد لا يتصور، فلو استوفاه يتكرر الاستيفاء في حق اليد، وذلك ربا، فثبت العجز من الاستيفاء، وهذا كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى في رجل له على آخر: ألف جياد، فقضاه ألفا زيوفًا، فانفقه رب الدين، ثم علم أنها زيوف، سقط اعتبار جودته؛ لأنها لا يمكن أخذها منفردة، ولا وجه إلى أخذها تبعًا؛ لأنه يصير ربا، فكذا ههنا. (ك)

(٥) فيسقط للضرورة. (زيلعي)

(٦) قوله: "والاستيفاء إلخ" هذا جواب إشكال أيضًا، وهو أن يقال: وجب أن لا يسقط الدين؛ لأن المرتهن لم يستوف شيئًا من حقه أي الدين؛ لأن الاستيفاء يكون من جنس الحق، فأجاب بأنه استوفى من جنسه؛ لأنه يكون مستوفيًا من مالية الرهن لا من عينه؛ لأن الاستيفاء بالعين يكون استبدالا، والمرتهن مستوف لا مستبدل، وباعتبار الاستيفاء من المالية يتجانس الأموال. أما العين أمانة في يده، وهو بمنزلة الكيس للمالية، فكان الراهن جعل مقدار الرهن في الكيس وسلمه إلى المرتهن؛ ليستوفي حقه، وعند الهلاك في يده يتم استيفاءه في مقدار حقه، إلا أنه لم يصر ملكًا له؛ لأن المالية صفة العين، والأوصاف لا تملك قصدا. (ك)

(٧) عند المرتهن من حيث الصورة.

(٨) على الراهن.

(٩) قوله: "وكذا قبض إلخ" عطف على قوله حتى كانت نفقة الموهون على الراهن، وفيه بيان أن العين أمانة، حتى لا يصير المرتهن قابضًا بنفس الشراء، بل ينبغي أن يقبض ثانيًا. (ك)

(١٠) أي قبض الأمانة.

(١١) قوله: "وموجب العقد إلخ" جواب عما قال الشافعي: الرهن وثيقة بالدين، وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة،

فراغ الذمة [١] من ضروراته كما فى الحوالة [٢].

فالحاصل [٣] أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن [٤] محتبسًا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه، وعنده [٥] تعلق الدين بالعين [٦] استيفاء منه [٧] عينًا بالبيع [٨].

ويخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه [٩]، عددناها [١٠] فى "كفاية المنتهى" جملةً.

منها أن الراهن ممنوع [١١] عن الاسترداد [١٢] للانتفاع؛ لأنه يفوت موجبه [١٣]، وهو الاحتباس [١٤] على الدوام [١٥]، وعنده [١٦] لا يمنع منه، لأنه لا ينافى [١٧] موجبه [١٨]،

والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد. (عناية)

(١٢) قوله: "وهذا يحقق الصيانة" فإنه لما تقرر استيفاء الدين بالهلاك لم يذهب الدين بلا شيء، حتى يفوت معنى الصيانة بل تحقق معنى الصيانة حيث سقط بهلاك الرهن، ولم يسقط مجانًا. (غن)

(١٣) الواو وصلية.

(١) أى فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن، وتمام الاستيفاء. (ك)

(٢) قوله: "كما فى الحوالة" فإنها توجب الدين فى ذمة المحتال عليه لصيانة حق الطالب، وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته، فلا ينعدم به مقتضى العقد؛ لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا اللوازم الضمنية. (ع)

(٣) قوله: "فالحاصل إلخ" أى حاصل الخلاف فى أن الرهن مضمون، أو أمانة بناء على الخلاف فى حكم الرهن، فمن قال: حكمه أن يكون محتبسًا بالدين جعله مضمونًا على ما قررناه، ومن قال: إنه ليس بمحتبس بالدين، بل حكمه تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينًا بالبيع جعله أمانة. (غن)

(٤) أى المرهون.

(٥) الشافعى.

(٦) المرهون.

(٧) قوله: "استيفاء إلخ" أى لأجل استيفاء حقه من عين الرهن بواسطة البيع. (عينى)

(٨) قوله: "عينًا [لا مالية] إلخ" أى استيفاء منه بعينه بالبيع لا بما يتولد منه؛ لأن تعين عين المبيع لا يقتضى تعين عين أخرى للبيع. (ك)

(٩) الشافعى.

(١٠) أى عده من المسائل التى ذكر تعدادها جملة فى "كفاية المنتهى". (غن)

(١١) قوله: "منها إلخ" ومنها أن رهن المشاع يجوز عنده؛ لأن المشاع قابل للبيع، واستيفاء الدين من ثمنه، وعندنا لا يجوز؛ لأن ملك الحبس يقتضى وجود الحبس، وحبس المشاع وحده لا يتحقق. (غن)

(١٢) أى استرداد المرهون، وكذا عن ركوبه وشرب لبنه. (ك)

(١٣) العقد.

(١٤) عند المرتهن.

(١٥) أى إلى أن يستوفى المرتهن حقه.

(١٦) الشافعى.

(١٧) قوله: "لأنه لا ينافى إلخ" فإذا كان حكم الرهن صيرورة المرتهن أحق به بيعًا بدينه، وعند البيع هو أحق بثمنه،

وهو تعينه[١] للبيع، وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل، إن شاء الله تعالى.

قال[٢]: ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون[٣]؛ لأن حكمه[٤] ثبوت يد الاستيفاء[٥]، والاستيفاء يتلو الوجوب[٦].

قال رضي الله تعالى عنه[٧]: ويدخل على هذا اللفظ الرهن[٨] بالأعيان المضمونة بأنفسها[٩]، فإنه يصح الرهن بها، ولا دين[١٠].

فإذا هلك لا يسقط الدين؛ لأنه أمانة عنده. (ك)

(١٨) عقد.

(١) المرهون.

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "إلا بدين مضمون [سواء كان الدين من الأثمان أو غيرها بأي جهة ثبت. غن]" قيد الدين بالمضمون على وجه التاكيد، و إلا فجميع الديون مضمونة، كذا قال في "شرح الأقطع"، وقيل: أريد بالدين المضمون ماكان واجبًا للحال، أي لا يصح إلا بدين واجب للحال، لا بدين سيجب، واحترز به عن الرهن بالدرك، فإنه لا يصح، وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع.

وقيل احتراز عن بدل الكتابة، فإن الرهن به لا يصح؛ لأن المضمون هو الذي لا يسقط إلا بالأداء، أو الإبراء، وبدل الكتابة ليس كذلك؛ لأنه لسقط بتعجيز النفس، وفي الفتاوى يجوز الرهن ببدل الكتابة. (غن)

(٤) الرهن.

(٥) من الرهن.

(٦) قوله: "والاستيفاء يتلو [أي يتبع] الوجوب" فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء، ليكون الاستيفاء مبنياً عليه، فإن قيل: أليس أنه إذا دفع ثوبا إلى رجل على أن يقرضه عشرة دراهم، صار الثوب رهنًا، وقد حصل الرهن قبل وجوب الدين، وقبل وجود سببه، فلا يكون تاليا للوجوب.

قلنا: لا بل بعد وجود سببه؛ لأن القرض يثبت من حيث الاعتبار سابقًا على الرهن، كما في قوله أعتق عبدك عني على ألف درهم، يثبت البيع سابقًا على العتق، فإذا ثبت القرض سابقًا على الرهن، حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار. (ك)

(٧) أي المصنف.

(٨) قوله: "ويدخل [أي يشكل. ع] على هذا اللفظ [أي الذي يدل على الحصر. ع]" أي يشكل على قوله: ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون، الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها أي بمثلها أو بقيمتها، فهي مضمونة بأنفسها، باعتبار أن المثل أو القيمة قائمة مقامها، واحترز به عن الأعيان المضمونة بغيرها، وهي المبيع في يد البائع، فإنه مضمون بغيره، وهو الثمن.

وفي "المبسوط": الرهن بالأعيان على ثلث أوجه، أحدها الرهن بعين، هو أمانة، وهو باطل؛ لأن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن، وحق صاحب الأمانة في العين مقصور عليه، فاستيفاء العين من عين آخر غير ممكن، والثاني الرهن بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع، وهو مضمون بالثمن، وهذا لا يجوز أيضاً.

والثالث الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب، وهو صحيح؛ لأن موجب العقد رد العين إن أمكن، ورد القيمة عند تعذر رد العين، وذلك دين يمكن استيفاءه من مالية الرهن. (كفاية للسيد جلال الدين رحمه الله تعالى عليه.

(٩) كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء. (ع)

(١٠) قوله: "ولا دين" قال في "غاية البيان": إنه لا يرد على القدوري الاعتراض؛ لأنه لا ينفي صحة الرهن

ويمكن أن يقال[١]: إن الموجب الأصلي فيها هو القيمة، ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ، وهو[٢] دين، ولهذا تصح الكفالة[٣] بها[٤]، ولئن كان[٥] لا تجب[٦] إلا بعد الهلاك، ولكنه تجب[٧] عند الهلاك بالقبض السابق، ولهذا تعتبر[٨] قيمته[٩] يوم القبض[١٠]، فيكون[١١] رهنًا بعد وجود[١٢] سبب وجوبه، فيصح كما في الكفالة[١٣]، ولهذا لا تبطل الحوالة[١٤] المقيدة به[١٥] بهلاكه[١٦]، بخلاف

بالأعيان المضمونة بنفسها، بل صرح بصحتها في شرحه لمختصر الكرخي، وإنما اقتصر ههنا على الدين؛ لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين، واكتفى به اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر، انتهى.

أقول: إن القدوري ينفي صحة الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها في مختصره يدل عليه صراحة قوله بأداة القصر "ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون نعم لو قال القدوري و يصح الرهن بالدين لا يفهم منه نفيها، وتصريح القدوري بصحتها في موضع آخر لا يجدي شيئًا في دفع الإشكال الوارد على لفظ القدوري في "مختصره" والاعتراض إنما هو عليه، كما يشعر به قول المصنف، ويدخل على هذا اللفظ إلخ، تأمل. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده.)

(١) في الجواب.

(٢) قيمته.

(٣) قوله: "ولهذا إلخ" أي ولأن الموجب الأصلي هو القيمة تصح الكفالة بها مع أن الكفالة لا تصح إلا في الديون. (ك)

(٤) أي بالأعيان المضمونة بنفسها. (ن)

(٥) قوله: "ولئن كان [جواب على ما اختاره بعض آخر من المشايخ. عناية] إلخ" يعني أن الموجب الأصلي عند البعض رد العين، ورد القيمة مخلص، فلا يجب القيمة إلا بعد الهلاك، فلئن كان لا تجب القيمة إلا إلخ. (مل)

(٦) القيمة.

(٧) القيمة.

(٨) قوله: "ولهذا [أي لكون الوجوب بالقبض السابق] تعتبر إلخ" أقول: هذا التنوير لا يتم إلا على قول أبي يوسف، فإن المعتبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر بتفصيله في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعًا، فلا يتم التقريب إلا على قول أبي يوسف. (نت)

(٩) المغصوب.

(١٠) أي يوم قبض الغاصب المغصوب. (ع)

(١١) أي الرهن.

(١٢) أي القبض.

(١٣) فإنها تصح بالأعيان المضمونة بنفسها لوجود سبب وجوبه.

(١٤) قوله: "ولهذا لا تبطل إلخ" يجوز أن يكون توضيحًا من التخريجين، أما على الأول فتقريره: ولكون الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمونة بنفسه بهلاكه، فلو أحال على الغاصب، فهلك المغصوب لم يبطل الحوالة؛ لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة، كان هلاك العين كالإهلاك؛ لقيام القيمة في ذمته، ورد العين كان مخلصًا، ولم يحصل. وأما على الثاني فتقريره: ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود، فهلاك العين لا يبطل الحوالة، بخلاف الوديعة، فإن الحوالة عليها تبطل بهلاك الوديعة؛ لأنه لاوجوب هناك؛ للقيمة، ولاسبب للوجوب. (ع)

(١٥) أي بالعين المضمونة. (ن)

الوديعة[١].

قال[٢]: وهو مضمون بالأقل[٣] من قيمته ومن الدين[٤]، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيًا لدينه، وإن كانت قيمة الرهن أكثر[٥] فالفضل أمانة[٦] في يده؛ لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء، وذلك بقدر الدين.

فإن كانت أقل، سقط[٧] من الدين بقدره، ورجع المرتهن[٨] بالفضل؛ لأن الاستيفاء بقدر المالية. وقال زفر: الرهن[٩] مضمون بالقيمة[١٠]، حتى لو هلك الرهن[١١] وقيمته[١٢] يوم الرهن ألف وخمس مائة، والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة. له حديث علي رضي الله تعالى عنه[١٣] قال: يترادان الفضل في الرهن[١٤]، ولأن الزيادة على الدين مرهونة؛ لكونها محبوسة به[١٥]، فتكون

---

(١٦) قوله: "بهلاكه" قد ذكرنا أن الحوالة المقيدة بالعين على نوعين: أحدهما عين هو وديعة، والثاني عين هو غصب، ففي الوديعة تبطل الحوالة بهلاكها، وعاد الدين إلى المحيل؛ لأن الوديعة هلكت لا إلى خلف، وفي الغصب لا يبطل الحوالة؛ لأن المغصوب هلك إلى خلف، وهو الضمان، والضمان يقوم مقام المضمون، فيجعل كان المغصوب قائم، فيبقى الحوالة لبقاء ما تقيدت به. (نهاية)

(١) أي تبطل الحوالة المقيدة بها بهلاكها؛ لأنها تفوت لا إلى خلف. (ك)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "بالأقل إلخ" الأقل بالألف واللام، وقوله من قيمته أي يوم القبض ومن الدين، بيان للأقل، أي أيهما كان أقل فهو مضمون به، وصورته: قوله فإن كان قيمة الرهن أكثر إلخ، وبيانه إذا رهن ثوبا، قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه، فإن كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى، وإن كانت قيمته خمسةعشر، فالفضل أمانة عندنا، وعند زفر يرجع الراهن على المرتهن بخمسة؛ لأن الرهن عنده مضمون بالقيمة. (ك)

(٤) قوله: "من قيمته إلخ" ليست من هذه هي التي تستعمل للتفضيل، بل هي لتبيين الأقل، وهو بالتعريف، فكأنه قال: مضمون بأقلهما من الآخر. (غاية البيان)

(٥) من الدين.

(٦) عند المرتهن، لو هلك لا ضمان.

(٧) من الدين.

(٨) على الراهن.

(٩) المرهون.

(١٠) قل الدين أو كثر.

(١١) المرهون.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) قوله: "له حديث علي إلخ" قلت: رواه عبد الرزاق في "مصنفه" عن علي رضي الله تعالى عنه قال: يترادان الفضل بينهما في الرهن. (ت)

مضمونة، اعتباراً بقدر الدين.

ومذهبنا مروى(١) عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنهم*، ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء، فلا يوجب(٢) الضمان إلا بالقدر المستوفى، كما فى حقيقة الاستيفاء(٣)، والزيادة مرهونة(٤)، ضرورة امتناع(٥) حبس الأصل(٦) بدونها، ولا ضرورة فى حق الضمان(٧)، والمراد بالتراد(٨) فيما روى حالة البيع(٩)، فإنه روى عنه(١٠) أنه قال: "المرتهن أمين فى الفضل"**.

قال(١١): وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به(١٢)؛ لأن حقه باق بعد الرهن، والرهن لزيادة الصيانة، فلا تمتنع به(١٣) المطالبة، والحبس جزاء الظلم، فإذا

---

(١٤) قوله: "يترادّان إلخ" التراد ما يكون بين اثنين، فلا جرم يرد المرتهن فضل الرهن، كما يرد الراهن فضل الدين.(ب)

(١٥) أى بالدين.

(١)قوله: "مروى إلخ" قلت أخرج البيهقى عن عمر قال فى الرجل يرتهن الرهن، فيضيع قال: إن كان أقل مما فيه رد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين، والرواية عن ابن مسعود غريب. (ت)

* ذكر فى نصب الراية ج٤ ص٣٢٣ تحت الحديث الرابع، وفى الدراية ج٢ ص٢٥٧ تحت الحديث١٠٠٣. (نعيم)

(٢) على المرتهن.

(٣) قوله: "كما فى حقيقة الاستيفاء" مثل ما إذا أوفاه ألفى درهم فى الكيس، وحقه فى ألف، فإنه يصير ضامنا قدر الدين، والزيادة على قدر الدين أمانة، فكذا هذا. (٤)

(٤) جواب عن الدليل العقلى لزفر.

(٥) قوله: "ضرورة إلخ" والثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة، كما إذا رهن عبداً قيمته أكثر من الدين، حيث لا تتميز الزيادة من الأصل، فيثبت له حبس الكل. (ك)

(٦) لأنه لو لم نجعل الزيادة مرهونة أدى إلى الشيوع لعدم انفكاكها. (٤)

(٧) قوله: "ولا ضرورة إلخ" لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن، بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن على ما يجىء إن شاء الله تعالى. (ك)

(٨) قوله: "والمراد [جواب عن حديث على] بالتراد إلخ "توفيقاً بين حديثى على رضى الله تعالى عنه، فإنه روى عنه، المرتهن أمين فى الفضل، فيجب حمل الأول على حالة البيع، يعنى إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن، يرد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن، ولو كان الدين زائداً يرد الراهن زيادة الدين. (٤)

(٩) لا فى حالة الهلاك. (ك)

(١٠) قوله: "فإنه روى عنه إلخ" قلت رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن محمد ابن الحنفية عن على قال: إذا كان الرهن أكثر مما رهن به، فهلك، فهو بما فيه؛ لأنه أمين فى الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به فهلك، رد الراهن الفضل، انتهى. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢٣ تحت الحديث الرابع، والدراية ج٢ ص٢٥٧ تحت الحديث١٠٠٣. (نعيم)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) إن امتنع.

ظهر مطله[١] عند القاضي يحبسه، كما بيناه على التفصيل[٢] فيما تقدم[٣].

وإذا طلب المرتهن دينه[٤] يؤمر[٥] بإحضار الرهن[٦]؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء، فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء؛ لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك[٧] في يد المرتهن، وهو محتمل.

وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين أولا، ليتعين حقه، كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية، كما في تسليم المبيع والثمن، يحضر المبيع، ثم يسلم الثمن أولا.

وإن طالبه بالدين في غير البلد[٨] الذى وقع العقد فيه، إن كان الرهن[٩] مما لا حمل له، ولا مؤنة[١٠]، فكذلك الجواب[١١]؛ لأن الأماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة.

ولهذا[١٢] لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه[١٣] في باب السلم بالإجماع، وإن كان له حمل ومؤنة، يستوفى دينه، ولا يكلف إحضار الرهن[١٤]؛ لأن هذا نقل[١٥]، والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية[١٦]، لا النقل من مكان إلى مكان؛ لأنه يتضرر

---

(١٣) أى بالرهن.

(١) مطل -بفتحتين- درنگ كردن در دادن دام. (م)

(٢) قوله: "كما بيناه على التفصيل إلخ" وهو ما فصل فى فصل الحبس من أدب القاضى بقوله: وهذا أى ترك الحبس إذا ثبت الحق بإقراره؛ لأنه لم يعرف كونه مماطلا، وأما إذا ثبت بالبينة حبسه كما يثبت لظهور المطل بإنكاره. (ك)

(٣) أى فى فصل الحبس من كتاب أدب القاضى. (ك)

(٤) قوله: "وإذا طلب إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها من المسائل من مسائل "الزيادات" إلى قوله: قال: وإن كان الرهن فى يده ذكرها تفريعا على مسألة "مختصر القدورى". (غن)

(٥) أى أولا ليعلم أنه باق. (زيلعى)

(٦) المرهون.

(٧) أى على تقدير الهلاك.

(٨) والرهن فى ذلك البلد.

(٩) المرهون.

(١٠) مشقت.

(١١) قوله: "فكذلك الجواب" أى يؤمر المرتهن بإحضار الرهن أولا. (غن)

(١٢) أى لكون الأماكن كلها كمكان واحد.

(١٣) أى فيما ليس له حمل ومؤنة.

(١٤) قوله: "ولا يكلف إلخ" ذكر فى بعض الفوائد: ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك إن طلب الراهن ذلك؛ لأن الرهن غائب، فيحتمل هلاكه، وعلى اعتباره لا يجب قضاء الدين، فإذا حلف المرتهن قضى الدين. (ك)

(١٥) أى إحضار الرهن هناك.

به[1] زيادة الضرر، ولم يلتزمه[2].

ولو سلط الراهن العدل[3] على بيع المرهون، فباعه بنقد[4] أو نسيئة جاز؛ لإطلاق الأمر[5]، فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن[6]؛ لأنه لا قدرة له[7] على الإحضار.

وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه[8]، فباعه ولم يقبض الثمن؛ لأنه[9] صار دينا بالبيع بأمر الراهن، فصار كأن الراهن[10] رهنه وهو دين[11].

ولو قبضه يكلف إحضاره؛ لقيام البدل مقام المبدل، إلا أن الذى[12] يتولى قبض الثمن، هو المرتهن؛ لأنه هو العاقد، فترجع الحقوق إليه، وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين، يكلف[13] لاستيفاء نجم[14] قد حل لاحتمال الهلاك[15].

---

(١٦) أى رفع الممانعة.

(١) قوله: "لأنه يتضرر به [أى بالنقل] إلخ" ولم يعتبر هناك احتمال تكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك؛ لأنه موهوم، فلا يظهر فى مقابلة ضرر متيقن، وهو تأخر حق المرتهن، بخلاف الفصل الأول. (ع)

(٢) أى لم يلتزم المرتهن الضرر فى العقد.

(٣) الثالث.

(٤) قوله: "فباعه بنقد أو نسيئة إلخ" قال القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله تعالى: إذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد، بأن قال: إن المرتهن يطالبنى بدينه ويؤذينى، فبعه، حتى أنجو منه، فباعه بالنسيئة لا يجوز، بمنزلة ما لو قال لغيره: بع عبدى، فإنى أحتاج إلى النفقة. (ك)

(٥) يشير إلى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة. (ع)

(٦) المرهون.

(٧) لأن الرهن بيع بأمر الراهن. (ع)

(٨) يعنى لم يكلف إحضار الرهن. (ع)

(٩) أى لأن الرهن.

(١٠) قوله: "فصار إلخ" لأنه لما باعه بإذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن، وصار الثمن رهنًا، بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن، ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن، فصار كأنه رهنه، ولم يسلم، بل وضعه على يدى عدل، كذا فى "زيادات قاضى خان".

فإن قيل: لو رهن الدين ابتداء لا يصح، قلنا نعم! ولكن يبقى حكم الرهن فى ثمن المرهون؛ لكونه بدلا عن المقبوض، وهو قد كان صالحًا لذلك، ثم يثبت هذا الحكم فى خلفه تبعًا لا مقصودًا. (ك)

(١١) أى والحال أن الرهن دين. (ع)

(١٢) قوله: "إلا أن الذى إلخ" هذا استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين، على تقدير إشكال، وهو أن يقال: لم يصير كان الراهن رهنه، وهو دين، إذ لو كان كذلك، لما كان للمرتهن ولاية قبضة، كما لو كان الرهن فى يد العدل، وله ذلك، فأجاب وقال: ولاية القبض له باعتبار أنه عاقد. (ك)

(١٣) قوله: "يكلف إلخ" [أى المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم، يؤديه الراهن من الدين. ت] هذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن، وأما إذا لم يدع، فلا حاجة إلى إحضار الرهن، إذ لا فائدة فيه. (ك)

ثم إذا قبض الثمن[(١)] يؤمر بإحضاره، لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين، وهذا بخلاف[(٢)] ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ، حتى قضى بالقيمة[(٣)] على عاقلته[(٤)] فى ثلاث سنين، لم يجبر الراهن على قضاء الدين، حتى يحضر كل القيمة؛ لأن القيمة خلف عن الرهن، فلا بد من إحضار[(٥)] كلها[(٦)]، كما لا بد من إحضار كل عين الرهن، وما صارت قيمة بفعله[(٧)]، وفيما تقدم[(٨)] صار[(٩)] دينًا بفعل الراهن[(١٠)]، فلهذا افترقا.

ولو وضع الرهن[(١١)] على يد العدل، وأمران يودعه[(١٢)] غيره، ففعل[(١٣)] ثم جاء المرتهن يطلب دينه، لا يكلف إحضار الرهن[(١٤)]؛ لأنه لم يؤتمن[(١٥)] عليه حيث وضع

(١٤) وظيفه. (م)

(١٥) قوله: "لاحتمال الهلاك" ولا ضرر له فى الإحضار، وفيه فراغ قلب الراهن عن وهم الهلاك، ولكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين. (كف)

(١) قوله: "ثم إذا قبض الثمن إلخ" يعنى إن باع الرهن وقبض الثمن، فإذا قبضه وجب إحضاره؛ لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين. (ع)

(٢) قوله: "وهذا [أى بيع العدل أو المرتهن الرهن بإذن الراهن بخلاف إلخ] بخلاف إلخ" إشارة إلى قوله: وكذا إذا أمر المرتهن بيعه إلخ، فإنه لا يجبر المرتهن على الإحضار، بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شىء، بخلاف ما إذا قتل رجل إلخ، فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين، حتى يحضر المرتهن كل القيمة. (عناية)

(٣) أى بقيمة العبد.

(٤) أى عاقلة القاتل.

(٥) إن كان قائمًا. (غن)

(٦) قيمة.

(٧) قوله: "وما صارت [أى الرهن، أى لم يصر العبد المقتول خطأ قيمة بفعل الراهن واختياره، بل بفعل الأجنبى. غن] قيمة إلخ" يعنى فإن قيل: لم لا يكون القيمة كالثمن ثمه، وهى ليست فى يد المرتهن، فيجبر الراهن على القضاء، كما ثمه، أجاب: بقوله ما صارت قيمة بفعله حتى ينتقل إليها الرهينة، فتصير كالرهن فى يدعدل، بخلاف ما تقدم، فإن الرهن صار دينًا بفعله، فكأنهما تفاسخا، وجعلا الثمن رهنًا ابتداء، كما مر فافترقا. (ع)

(٨) أى فيما إذا باع العدل، أو المرتهن. (ك)

(٩) الرهن.

(١٠) واختياره.

(١١) قوله: ولو وضع الرهن إلخ" أى بعد التخلية ليتحقق الرهن بقبض المرتهن بالتخلية، لكنه لم يوضع على يد المرتهن، بل وضع على يد العدل باتفاق من الراهن والمرتهن. أعظمى)

(١٢) أى أذن بالإيداع.

(١٣) أى وضعه العدل عند غيره وديعة.

(١٤) قوله: "لا يكلف إحضار الرهن" وأمر الراهن بتسليم الرهن؛ لأن الراهن لم يرض بيد المرتهن، فلا يلزمه إحضار ما ليس فى يده، ألا ترى أن المرتهن لو أخذه من العدل يكون غاصبًا ضامنًا، فكيف يلزمه إحضار شىء لو أخذه

على يد غيره، فلم يكن تسليمه في قدرته.

ولو وضعه العدل في يد من[١] في عياله[٢]، وغاب وطلب المرتهن دينه، والذي في يده[٣] يقول: أودعني فلان ولا أدري لمن هو، يجبر الراهن على قضاء الدين؛ لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن؛ لأنه لم يقبض شيئًا[٤].

وكذلك[٥] إذا غاب العدل بالرهن، ولا يدري أين هو؛ لما قلنا[٦]، ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن، وقال: هو مالي، لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء، حتى يثبت كونه رهنًا؛ لأنه لما جحد فقد توى المال، والتوى[٧] على المرتهن، فيتحقق استيفاء الدين، فلا يملك المطالبة به.

قال[٨]: وإن كان[٩] الرهن[١٠] في يده، ليس عليه[١١] أن يمكّنه[١٢] من البيع، حتى يقضيه الدين؛ لأن حكمه[١٣] الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه[١٤]. ولو قضاه البعض، فله أن يحبس كل الرهن، حتى يستوفي البقية[١٥]، اعتبارًا بحبس المبيع[١٦]، فإذا قضاه الدين، قيل له: سلم الرهن إليه[١٧]؛ لأنه زال

يصير غاصبًا. (كف)

(١٥) ائتمنه اعتماد كرد او را وامين گرفت، وائتمن فلانًا مجهولا معتمد عليه شد. (من)

(١) كالزوجة.

(٢) قوله: "في عياله" عيال -بالكسر- أولاد وزن آنكه تكفل وتعهد حال ايشان ومؤنت ايشان بايد نمود ونفقه بايد داد. (منتخب اللغات)

(٣) أي المودع.

(٤) من الرهن. (غن)

(٥) أي أجبر الراهن على قضاء الدين. (غن)

(٦) إشارة إلى قوله لأنه لم يقبض شيئًا. (ك)

(٧) توى كرحى: هلاكى. (من)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "وإن كان إلخ" أي إذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لا يمكن؛ لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين، وذلك حقه، فله إسقاطه. (ع)

(١٠) المرهون.

(١١) قوله: "ليس عليه إلخ" أي لا يكلف مرتهن معه رهن أن يمكن الراهن من بيع الرهن. (شرح وقاية)

(١٢) الراهن.

(١٣) الرهن.

(١٤) سابقًا في أوائل كتاب الرهن.

(١٥) من الدين.

المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه.

فلو هلك(١) قبل التسليم(٢) استرد الراهن ما قضاه(٣)؛ لأنه صار مستوفيًا(٤) عند الهلاك بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء، فيجب رده.

وكذلك(٥) لو تفاسخا الرهن، له(٦) حبسه ما لم يقبض الدين، أو يبرئه(٧)، ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ(٨)؛ لأنه(٩) يبقى مضمونًا ما بقي القبض والدين(١٠).

ولو هلك(١١) في يده سقط الدين، إذا كان به وفاء بالدين؛ لبقاء الرهن، وليس للمرتهن(١٢) أن ينتفع بالرهن، لا باستخدام(١٣)، ولا سكنى(١٤)، ولا

---

(١٦) قوله: "اعتباراً بحبس إلخ" فإن في البيع إذا قضى بعض الثمن لم يقبض شيئًا من المبيع، فكذا ههنا؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الحبس. (غن)

(١٧) راهن.

(١) الرهن بعد قضاء الدين. (غن)

(٢) إلى الراهن.

(٣) أي ما أداه إلى المرتهن. (غن)

(٤) قوله: "صار مستوفيًا إلخ" فإن الرهن حقيقة عقد استيفاء باليد والحبس، كما تقدم، وذلك الاستيفاء شيء يتقرر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض، فالقضاء بعد الهلاك استيفاء، فيجب الرد. (عناية)

(٥) ذكره تفريعًا. (غن)

(٦) أي لا ينفسخ بالفسخ، فإن ضمان هذا العقد بالقبض، فيكون انتقاضه بنقض القبض. (غن)

(٧) أي ما لم يبرئ المرتهن الراهن عن الدين. (غن)

(٨) احتراز عما إذا رده على وجه العارية، فإنه لا يبطل الرهن. (ع)

(٩) قوله: "لأنه" أي الرهن يبقى مضمونًا مادام القبض والدين باقيًا، ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان، لفوات القبض، وإن كان الدين باقيًا، وإن أبرأ عن الدين سقط الضمان، وإن كان القبض باقيًا؛ لأن العلة إن كانت ذات وصفين ينعدم الحكم بعدم أحدهما.

فإن قيل: ينبغي أن لا يبقى الرهن مضمونًا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم؛ لأن حكم الرهن لا يبقى، وليس كذلك، كما مر من الشارح، فكان الكلام متناقضا، أجيب: بأنه بقي احتمال استحقاق الحبس؛ لاحتمال أن يستحق المؤدى، وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه، فكان له استحقاق الحبس، فيوجب بقاء الضمان، وفيه نظر؛ لأن الاحتمال لا يوجب التحقق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل. (عناية)

(١٠) قوله: "يبقى مضمونًا إلخ" وإنما لا يبطل الرهن بمجرد القول بدون الرد؛ لأن حكمه قبل الهلاك ثبوت يد الاستيفاء في حق الحبس، فيعتبر باليد الثابتة بحقيقة الاستيفاء في حق الحبس والملك، وحقيقة الاستيفاء لا ينتقض بمجرد القول دون الرد؛ لأن فعلهما يخالف قولهما، والقول متى خالف الفعل لا يعتبر. (كفاية)

(١١) يعني إذا حبسه بعد التفاسخ فهلك. (ع)

(١٢) قوله: "وليس [ذكره تفريعًا على مسألة المختصر. غن] للمرتهن إلخ" لأن المالك رضي بحبسه لا بانتفاعه، فإذا استعمله بوجه من هذه الوجوه كان غاصبًا، وضمن قيمته بالغة ما بلغت، فإن كان بإذن المالك، فلا ضمان

لبس[١]، إلا أن يأذن له المالك؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع.

وليس له أن يبيع[٢] إلا بتسليط من الراهن، وليس له أن يؤاجر ويعير؛ لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه، فلا يملك تسليط غيره عليه، فإن فعل كان متعديا، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى.

قال[٣]: وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله[٤]. قال رضى الله تعالى عنه[٥]: معناه أن يكون الولد فى عياله أيضًا؛ وهذا لأن عينه[٦] أمانة فى يده، فصار[٧] كالوديعة. وإن حفظه بغير من فى عياله[٨]، أو أودعه ضمن[٩]، وهل يضمن الثانى، فهو على الخلاف[١٠]، وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعة.

وإذا تعدى المرتهن[١١] فى الرهن ضمنه[١٢] ضمان الغصب بجميع قيمته؛ لأن

عليه؛ لأن الحجر لحقه، وقد رضى به. (غاية البيان)

(١٣) إذا كان عبدًا، أو أمةً.

(١٤) إذا كان دارًا ونحوها.

(١) إذا كان ثوبا ونحوه.

(٢) فى دينه. (غن)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "وخادمه" كأجيره الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة لا مياومة، والمعتبر فيها المساكنة، ولا عبرة بالنفقة، حتى إن المرأة إذا أودعت وديعة، فدفعت الوديعة إلى زوجها لا تضمن، وإن لم يكن الزوج فى نفقتها؛ لأنهما يسكنان معا. (زيلعى)

(٥) أى المصنف.

(٦) الرهن.

(٧) الرهن.

(٨) والمراد بمن فى عياله أن يساكن معه، سواء كان فى نفقته أولا. (غن)

(٩) قوله: "ضمن" وذلك الأيدى تختلف بالحفظ والأمانة، والمالك لم يأذن له فى ذلك فيضمن، فالرهن بمنزلة الوديعة فى يده، فما لا يجوز للوديعة من التصرف، فإنه لا يجوز فى الرهن، وما جاز فى الوديعة جاز فى الرهن. (غن)

(١٠) قوله: "فهو على الخلاف [المعروف]" يعنى إن فى تضمين المودع الثانى أى مودع المودع خلافًا، فعند أبى حنيفة لا ضمان عليه، وعندهما عليه الضمان كالأول، وعند أبى ليلى لا ضمان على واحد منهما، وقد مرت المسألة مستوفى، بيانها فى الوديعة. (غن)

(١١) قوله: "وإذا تعدى [هذا لفظ القدورى فى "مختصره". غن] إلخ" قال الحاكم الشهيد فى "الكافى": وإن ركب المرتهن الدابة، أو كان الرهن عبدًا فاستخدمه، أو ثوبا فلبسه، أو سيفا، فتقلده بلا إذن الراهن، فهو له ضامن. (غن)

(١٢) قوله: "ضمنه إلخ" ثم إن قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يتقاصان بمجرد القضاء، إذا كان الدين حالا، ولا يطالب كل واحد منهما صاحبه إلا بالفضل، وإن كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته، ويكون رهنًا عنده، لأنه بدل

الزيادة على مقدار الدين[١] أمانة[٢]، والأمانات تضمن بالتعدى، فلو رهنه خاتمًا[٣]، فجعله فى خنصره[٤] فهو ضامن؛ لأنه متعد بالاستعمال؛ لأنه غير مأذون فيه، وإنما الإذن بالحفظ، واليمنى واليسرى فى ذلك سواء؛ لأن العادة فيه مختلفة.

ولو جعله فى بقية الأصابع كان رهنًا بما فيه[٥]؛ لأنه لا يلبس كذلك عادة، فكان من باب الحفظ، وكذا الطيلسان[٦] إن لبسه لبسا معتادًا ضمن[٧]، وإن وضعه على عاتقه[٨] لم يضمن[٩]، ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها[١٠] لم يضمن فى الثلاثة[١١]، وضمن فى السيفين؛ لأن العادة جرت بين الشجعان[١٢] بتقلد سيفين فى الحرب، ولم تجر بتقلد الثلاثة، وإن لبس خاتما فوق خاتم، إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن، وإن كان لا يتجمل بذلك، فهو حافظ، فلا يضمن.

قال[١٣]: وأجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن، وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعى، ونفقة الرهن على الراهن[١٤].

الرهن؛ فيكون له حكم أصله، فإذا حل الأجل أخذ بدينه، وإن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنًا عنده، إلا أن يقضيه دينه؛ لأنه بدل الرهن، فأخذ حكمه. (زيلعى)

(١) أى دين المرتهن.

(٢) فى يد المرتهن.

(٣) ذكره بسبيل التفريع على مسألة القدورى. (غن)

(٤) بالكسر وكسر صاد وفتح آن: أنگشت كوچک. (م)

(٥) قوله: "كان رهنًا بما فيه" ولو كان المرتهن امرأة فتختمت به أى إصبع كان ضمنت؛ لأن النساء يتختمن لجميع أصابعهن. (غن)

(٦) طيلسان بالفتح بتثليث اللام عن عياض وغيره: چادر معربست، أصله تالشان. (من)

(٧) لأن هذا استعمال، وليس بحفظ. (غن)

(٨) دوش. (م)

(٩) لأنه ليس بلبس وإنما هو حفظ. (غن)

(١٠) تقلد السيف حمائل شمشير بدوش كشيد. (مج)

(١١) قوله: "لم يضمن [لأنه ليس بلبس] إلخ" ثم ينبغى أن يعرف أن المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظًا، لا استعمالا أن لا يضمن ضمان الغصب، لا أنه لا يضمن أصلا؛ لأن مضمون بالدين بهلاكه بما هو الأقل من قيمته ومن الدين، كالخاتم إذا جعله فى إصبع لا يتختم به فى العرف والعادة وكالثوب إذا ألقاه على عاتقه، وبه صرح فى "شرح الطحاوى". (غن)

(١٢) بالضم والكسر: دليران، جمع شجاع. (م)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "على الراهن" فإن أبى فالقاضى يأمر المرتهن بأن ينفق عليه، فإن قضى الدين فللمرتهن أن يحبس

والأصل[١] أن مايحتاج إليه لمصلحة الرهن[٢] وتبقيته، فهو على الراهن، سواء كان في الرهن فضل[٣] أو لم يكن؛ لأن العين باقٍ على ملكه، وكذلك منافعه مملوكة له[٤]، فيكون إصلاحه وتبقيته عليه[٥]؛ لما أنه[٦] مؤنة[٧] ملكه، كما في الوديعة، وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه، وأجرة الراعي في معناه[٨]؛ لأنه علف[٩] الحيوان. ومن هذا الجنس[١٠] كسوة الرقيق[١١] وأجرة ظئر[١٢] ولد الرهن[١٣]، وسقى البستان[١٤]، وكرى[١٥] النهر وتلقيح[١٦] نخيله وجِذاذه[١٧]، والقيام بمصالحه، وكل ما

الرهن، حتى يستوفى النفقة، فإن هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن، في قول زفر، وقال أبو يوسف: النفقة دين على الراهن. (ع)

(١) أي القاعدة الكلية.

(٢) أي غير مصلحة الحفظ.

(٣) على الدين. (م)

(٤) قوله: "وكذلك منافعه مملوكة له" أي الأولاد والثمرات، وسائر ما ينمو، مثل الصوف والشعر وما ينبت من الأشجار في الأرض المرهونة، وسائر منافعه، يريد به أن العين باق على ملكه حقيقةً، وكذا حكماً؛ لأن منافعه مملوكة، بخلاف المستعير، والموصى له بالخدمة، فإن النفقة عليهما؛ لأنهما نزلا بمنزلة المالك بملك المنفعة، والمرتهن لم يملكها مطلقًا؛ لأنه وإن ملك حبسها وفيه منفعة إضجار الراهن، ليتسارع إلى قضاء الدين، إلا أن منفعة قضاء الدين مشترك بينهما، فلم ينزل منزلة المالك. (ك)

(٥) راهن.

(٦) أي أن الإصلاح.

(٧) بار ومشقت.

(٨) قوله: "وأجرة الراعي في معناه" أي في معنى الإنفاق في الماكل والمشارب؛ لأنه علف الحيوان، أي الأجير سبب علف الحيوان؛ لأنه يوصل إليه به، فأطلق اسم السبب على المسبب، فإن قيل: كما أن الراعي يسوق الدابة إلى العلف، فكذلك يحفظها أيضًا، والحفظ على المرتهن وإن كان العلف على الراهن، ألا ترى أن أجر المربط الذى يأوى إليه الرهن على المرتهن، فيجب أن يكون الأجر عليهما نصفين.

قلنا: الراعي للإعلاف لا للحفظ، ألا ترى أن السارق من المرعى لا يقطع، ومن المناخ يقطع؛ لأن الحفظ تبع، والأجر بإزاء الأصل كالثمن يقابل الرقبة دون الأطراف. (ك)

(٩) خورش.

(١٠) أي من جنس ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته. (ك)

(١١) المرهون.

(١٢) مرضعة.

(١٣) أي الأمة المرهونة.

(١٤) قوله: "وسقى البستان إلخ" أي إن كان الرهن بستانًا فيه شجر، ونخل وكرم، وليس فيه ثمر، وهو مما يثمر، فسقيه وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه على الراهن. (غن)

(١٥) حفر.

(١٦) گشن دادن خرما بن را. (من)

كان لحفظه[١]، أو لرده إلى يد المرتهن[٢]، أو لرد جزء منه[٣]، فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ؛ لأن الإمساك حق له، والحفظ واجب عليه[٤]، فيكون بدله[٥] عليه، وكذلك أجرة البيت[٦] الذى يحفظ الرهن فيه، وهذا فى ظاهر الرواية.

وعن أبى يوسف : أن كراء المأوى[٧] على الراهن بمنزلة النفقة؛ لأنه سعى فى تبقيته، ومن هذا القسم[٨] جعل الآبق[٩]، فإنه على المرتهن؛ لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده[١٠]، فكانت[١١] من مؤنة الرد فيلزمه[١٢]، وهذا[١٣] إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء، وإن كانت قيمة الرهن أكثر[١٤]، فعليه بقدر المضمون، وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه؛ لأنه أمانة فى يده، والرد لإعادة اليد، ويده فى الزيادة يد المالك، إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون[١٥] على المالك.

وهذا بخلاف أجرة البيت[١٦] الذى ذكرناه[١٧]، فإن كلها تجب على المرتهن،

---

(١٧) بريدن خرما از خرما بن. (من)

(١) الرهن.

(٢) قوله: "أو لرده [الرهن] إلخ" ووجهه أنه أبق العبد المرهون، فرده إنسان إلى المرتهن، فالجعل عليه. (ك)

(٣) قوله: "أو لرد جزء منه" بأن يبيض عين الرهن أو يحدث به مرض آخر، فالمداواة على المرتهن؛ لأن رد كل الرهن واجب على المرتهن، فكذلك جزئه، وفى المداواة جفظ الجزء للرد، فيكون على المرتهن، كما فى الكل. (ك)

(٤) قوله: "والحفظ واجب عليه" ولهذا لو شرط الراهن شيئًا للمرتهن على الحفظ لا يصح، ولا يستحقه بخلاف الوديعة، فإن المودع إذا شرط شيئًا على الحفظ يصح. (ك)

(٥) حفظ.

(٦) قوله: "وكذلك [أى على المرتهن] أجرة البيت" لأن الحفظ والإمساك حق له، فكان ما يلزم فيه من الغرم عليه. (غن)

(٧) للبقر والغنم وغيرهما، جائيكه شب و روز يا شب دران كند. (من)

(٨) أى من القسم الذى يجب مؤنته على المرتهن. (ك)

(٩) قوله: "جعل" الجعل ما يجب للعامل على عمله، أى لو أبق العبد المرهون فرد من مدة السفر، فالجعل على المرتهن.

(١٠) الرهن إلى الراهن.

(١١) هذه الإعادة.

(١٢) الجعل.

(١٣) أى كون الجعل على المرتهن.

(١٤) من الدين.

(١٥) الجعل بقدر الزيادة.

(١٦) حال الجعل بخلاف إلخ.

(١٧) أى الذى يحفظ الرهن فيه.

وإن[١] كان في قيمة الرهن فضل؛ لأن وجوب ذلك[٢] بسبب الحبس، وحق الحبس في الكل ثابت له، فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان[٣]، فيتقدر بقدر المضمون. ومداواة الجراحة[٤]، ومعالجة القروح[٥]، ومعالجة الأمراض، والفداء من الجناية[٦]، ينقسم على المضمون والأمانة[٧]، والخراج[٨] على الراهن خاصة؛ لأنه[٩] من مؤن[١٠] الملك. والعشر فيما يخرج[١١] مقدم على حق المرتهن؛ لتعلقه بالعين[١٢]، ولا يبطل الرهن في الباقي[١٣]؛ لأن وجوبه لا ينافي ملكه[١٤]، بخلاف

---

(١) الواو وصلية.

(٢) أي أجرة البيت.

(٣) قوله: إنما يلزمه لأجل الضمان " أي لأجل أن الرهن مضمون على المرتهن مالية، فيتقدر بقدر المضمون؛ لأن جعل الآبق لإعادة اليد، ويده في قدر الأمانة يد المالك، فكانت مؤنة إعادتها على المالك، فيتقدر الواجب عليه بقدر ما يكون مضمونًا عليه، بخلاف أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن؛ لأن ذلك مؤنة حفظ الرهن بحبسه، وإمساكه عن الأيدي المعترضة، وحبس الجميع وإمساك الجميع حق المرتهن، ولهذا كان له حبس الكل ما بقي جزء من الدين. (ك)

(٤) بالكسر: زخم. (م)

(٥) قرح ويضم: ريش، قرحة يكي قروح جمع. (من)

(٦) قوله: "والفداء من الجناية" وهو الدين الذي يلحق الرهن بالأموال التي يضمنها بالاستهلاك، إذا وجب ذلك في الرهن، فإن ذلك في حق كل واحد من الرهن والمرتهن؛ لأن جناية المضمون في يد الضامن تجرى مجرى جناية الضامن، فيكون من ماله، وأما جناية الأمانة، فإنها كجناية الوديعة، فيكون على الراهن. (غن)

(٧) قوله: "ينقسم إلخ" فما كان من حصته المضمون فهو على المرتهن، وما كان من حصته الأمانة فهو على الراهن، وذلك لأن المرتهن مصلح بذلك حقه، ألا ترى أن ما يفوت من الرهن يذهب من دينه، فإذا عاد سلم له الدين بكماله، وإذا كان في ذلك إصلاح حقه، كان عليه، وأما حصة الأمانة، فالمرتهن كالمودع فيكون على المالك. (غن)

(٨) أي خراج الأرض المرهونة.

(٩) أي لأن الخراج مؤنة، تلزم المالك لأجل الملك. (غن)

(١٠) بالفتح: مؤنة.

(١١) من الزرع والثمر. (غن)

(١٢) قوله: "لتعلقه إلخ" يعني بخلاف حق المرتهن، فإن حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية، لا من حيث العين، والعين مقدم على المالية، فكذلك ما يتعلق بالعين مقدم على ما يتعلق بالمالية، فإن قيل: لما كان العشر متعلقا بالعين، كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض، لكون كل واحد منهما عينًا ورد عليه عقد الرهن، فإن وضع المسألة فيما إذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها، فأخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن؛ لظهور الشيوع فيه، فكذا في استحقاق العشر.

أجاب بقوله: ولا يبطل الرهن في الباقي؛ لأن وجوبه أي وجوب العشر لا ينافي ملكه في جميع ما رهنه، ألا ترى أنه لو باعه جاز، ولو أدى العشر من موضع آخر جاز، فصح الرهن في الكل، ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن، لا مقارنا، ولا طارئًا، بخلاف الاستحقاق؛ لأن الاستحقاق ملك الغير، فلم يصح الرهن فيه، وكذا فيما وراءه؛ لأنه مشاع. (عناية)

(١٣) أي تسعة أعشار.

الاستحقاق[١].

وما أداه أحدهما[٢] مما وجب على صاحبه، فهو متطوع[٣]، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر[٤] القاضي[٥] رجع عليه، كأن صاحبه أمره به[٦]؛ لأن ولاية القاضي عامة.

وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضراً[٧]، وإن[٨] كان[٩] بأمر القاضي، وقال أبو يوسف: يرجع في الوجهين[١٠]، وهي فرع مسألة الحجر[١١]، والله أعلم.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز[١٢]

قال[١٣]: ولا يجوز رهن[١٤] المشاع[١٥]، وقال الشافعي: يجوز[١٦]. ولنا فيه وجهان: أحدهما: يبتني على حكم الرهن، فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء[١٧]،

---

(١٤) الراهن.

(١) أي بخلاف ما إذا استحق بعض الرهن شائعًا.

(٢) الراهن والمرتهن.

(٣) قوله: "فهو متطوّع" لأنه قضى دين غيره بغير أمره، وهو غير مضطر فيه؛ لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي، حتى يأمر صاحبه بالأداء أو الإنفاق إن كان حاضراً، أو إن كان غائبًا، يأمر الحافظ بالإنفاق ليرجع عليه. (ك).

(٤) بالإنفاق.

(٥) وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضي فهو متطو ع.

(٦) أي بالإنفاق.

(٧) راهنًا أو مرتهنًا.

(٨) الواو وصلية.

(٩) الإنفاق.

(١٠) أي الحضور والغيبة.

(١١) قوله: "وهي فرع مسألة الحجر" فمذهب أبي حنيفة أن القاضي لا يلي على الحاضر، وعندهما يلي عليه، فعندهما لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته، وعند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضرته يصير محجورا عليه، وهو لا يراه، بخلاف حال غيبته؛ لأن فيها ضرورة. (ع)

(١٢) قوله: "باب مايجوز ارتهانه إلخ" لما ذكر مقدمات مسائل الرهن، ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به، وما لا يجوز، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال. (نت)

(١٣) أي القدوري في "مختخره". (غن)

(١٤) سواء رهن من شريكه أو غيره.

(١٥) قابلا للقسمة كان أو غيره، كنصف أرض ونصف دار ونصف عبد.

(١٦) قوله: "يجوز" لأن موجب الرهن استحقاق المبيع في الرهن والمشاع يجوز بيعه، فيجوز رهنه. (كف)

(١٧) والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا إلى أن يقضي الراهن دينه. (غن)

وهذا[١] لا يتصور فيما يتناوله العقد[٢]، وهو المشاع، وعنده[٣] المشاع يقبل ما هو الحكم عنده، وهو تعينه[٤] للبيع.

والثاني: أن موجب الرهن[٥] هو الحبس الدائم[٦]؛ لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص[٧]، أو بالنظر إلى المقصود منه، وهو[٨] الاستيثاق من الوجه الذي بيناه[٩]، وكل ذلك يتعلق بالدوام[١٠]، ولا يفضى إليه[١١] إلا استحقاق الحبس، ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام؛ لأنه لا بد من المهايأة[١٢]، فيصير[١٣] كما إذا

---

(١) قوله: "وهذا" أى يد الاستيفاء في الجزء الشائع لا يتحقق؛ لأن اليد حقيقة لا يثبت إلا على جزء معين، فإن قيل: كيف يستقيم هذا، والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة، فإن من كان له على غيره عشرة فدفع إليه المديون كيسا فيه عشرون درهمًا، ليستوفى حقه منه، يصير مستوفيًا حقه من النصف شائعًا، وإذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء.

قلنا: موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى، والشيوع لا يمنع الملك، وموجب الرهن يد الاستيفاء فقط، وذا لا يتحقق في الجزء الشائع. (كف)

(٢) قوله: "لا يتصور إلخ" لأن اليد يثبت على معين، والمرهون من المشاع غير معين، والمعين غير مرهون، فيكون اليد ثابتة على غير المرهون، وفيه فوات حكمه. (ع)

(٣) الشافعى.

(٤) المرهون.

(٥) أى موجب حكمه يعنى لا زمه. (عناية)

(٦) قوله: "هوالحبس الدائم" أى من وقت العقد إلى وقت الفكاك؛ لقوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾، فهذا يقتضى أن لا يكون مرهونًا إلا فى حال يكون مقبوضًا فيه، ولأن المقصود بالرهن صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود وإضجار الراهن؛ ليتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه، ونعنى به استحقاق دوام اليد لا وجود يد المرتهن حسًا، وبالإعارة من الرهن أو الغصب لا يفوت الاستحقاق، فلهذا لا يبطل به الرهن، وذلك لا يتحقق من الشيوع؛ لأنه يحتاج إلى المهايأة مع المالك في الإمساك، فينتفع المالك يومًا بحكم الملك، ويحفظه المرتهن يومًا بحكم الرهن، فهو بمنزلة قوله: رهنتك يومًا ويومًا لا. (ك)

(٧) وهو قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾. (ك)

(٨) مقصود.

(٩) وهو صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود وإضجار الراهن؛ ليسارع إلى قضاء الدين. (ك)

(١٠) قوله: "وكل ذلك" أى كل ما مر من قوله: لم يشرع إلا مقبوضًا بالنص، أو بالنظر إلى المقصود متعلق بالدوام، أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود، فظاهر، فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعًا، فيفوت الاستيثاق، وأما بالنظر إلى النص فلأنه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء؛ لأن ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح. (ع)

(١١) أى إلى دوام الحبس.

(١٢) قوله: "من المهايأة [قسمة المنافع على التعاقب والتناوب]" وهى لغة مفاعلة من الهيئة، وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشىء، والتهايؤ تفاعل منها، وهى أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، حقيقته أن كلا منهم رضى بهيئة واحدة ويختارها، وشرعًا قسمة المنافع. (درر شرح غرر)

قال: رهنتك[١] يومًا ويومًا لا، ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة[٢]، وما لا يحتملها، بخلاف الهبة، حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة؛ لأن المانع فى الهبة غرامة القسمة[٣]، وهو فيما يقسم[٤].

أما حكم الهبة الملك، والمشاع يقبله[٥]، وههنا[٦] الحكم ثبوت يد الاستيفاء، والمشاع لا يقبله، وإن[٧] كان[٨] لا يحتمل القسمة، ولا يجوز[٩] من شريكه؛ لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول، وعلى الوجه الثانى[١٠] يسكن يومًا[١١] بحكم الملك، ويومًا بحكم الرهن، فيصير كأنه رهن يومًا ويومًا لا، والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن[١٢] فى رواية الأصل[١٣].

وعن أبى يوسف[١٤] أنه[١٥] لا يمنع[١٦]، لأن حكم البقاء أسهل[١٧] من حكم

---

(١٣) أى رهن المشاع.

(١) ولو صرح بذلك لا يصح الرهن، فكذا هذا. (غن)

(٢) قوله: "ولهذا" أى ولأن الدوام يفوت فى المشاع يتساوى مايحتمل القسمة ومالايحتمل القسمة فى الرهن.(ع)

(٣) أى ضرر جبر الواهب على القسمة من غير التزام. (ك)

(٤) أى ذلك مخصوص بما يقبل القسمة. (ك)

(٥) قوله: "والمشاع إلخ" والقبض شرط تمام ذلك العقد فراعى وجوده فى كل محل بحسب الإمكان. (كف)

(٦) أى فى الرهن.

(٧) الواو وصلية.

(٨) المرهون.

(٩) أى لا يجوز رهنه من شريكه على الوجهين. (ع)

(١٠) قوله: "وعلى الوجه الثانى [أى قوله أن موجب الرهن هو الحبس الدائم. ع] إلخ" أى على وجه الثانى أيضًا لا يجوز من شريكه؛ لأنه يفوت دوام الحبس بحكم الرهن، فيصير كأنه رهن يومًا ويومًا لا، وقوله: يسكن يومًا إلخ أراد به الحبس بحكم الرهن لا أنه يسكن؛ لأنه ممنوع عن الانتفاع بالرهن. (ك)

(١١) فيفوت به دوام الحبس. (ع)

(١٢) قوله: "والشيوع الطارئ" بأن رهن جميع العين، ثم تفاسخا العقد فى النصف ورده المرتهن يمنع بقاء الرهن أى فى النصف الثانى فى رواية الأصل، وهو الصحيح، حتى قالوا فى العدل: إذا سلط على بيع الرهن به كيف شاء فباع نصفه، يبطل الرهن فى النصف الباقى للشيوع الطارئ. (ك)

(١٣) مبسوط.

(١٤) فى رواية ابن سماعة.

(١٥) أى أن الشيوع الطارئ. (ك)

(١٦) بقاء الرهن.

(١٧) قوله: "أسهل إلخ" ألا ترى أن صيرورة المرهون دينًا فى ذمة غير المرتهن يمنع ابتداء الرهن، ولا يمنع بقاءه حتى إذا اتلف المرهون إنسان، أو بيع المرهون بثمن، يكون القيمة، أو الثمن رهنًا فى ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافا إلى

الابتداء، فأشبه الهبة[١]، وجه الأول[٢]: أن الامتناع[٣] لعدم المحلية، وما يرجع إليه[٤]، فالابتداء والبقاء سواء، كالمحرمية في باب النكاح[٥]، بخلاف الهبة؛ لأن المشاع يقبل حكمها، وهو الملك، واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة[٦]، على ما بيناه[٧]، ولا حاجة إلى اعتباره فى حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة[٨]، ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن.

قال[٩]: ولا رهن ثمرة[١٠] على رؤوس النخيل دون النخيل، ولا زرع الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل فى الأرض دونها؛ لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة، فكان في معنى الشائع.

وكذا[١١] إذا رهن الأرض دون النخيل، أو دون الزرع، أو النخيل دون الثمر؛ لأن الاتصال يقوم بالطرفين، فصار الأصل[١٢] أن المرهون إذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز؛ لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده[١٣].

وعن أبى حنيفة[١٤]: أن رهن الأرض بدون الشجر جائز[١٥]؛ لأن الشجر اسم

دين فى الذمة لا يجوز. (كفاية)

(١) فإن الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء الهبة.

(٢) أى وجه رواية الأصل.

(٣) أى المشاع ليس بمحل للرهن.

(٤) أى إلى المحل.

(٥) فإنه لا يفرق فيه بين الابتداء والبقاء.

(٦) أى غرامة القسمة. (غن)

(٧) قوله: "على ما بيناه" أى فى كتاب الهبة، وهو قوله: وفى إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئًا لم يتبرع به، وهو التسليم. (ك)

(٨) قوله: "ولهذا" أى لأجل أن حكم الهبة لا ينافى المشاع، صح الرجوع فى بعض الهبة، بخلاف الرهن، فإن حكمه ملك الحبس الدائم، والإشاعة تنافيه، فلم يصح التفاسخ فى بعض الرهن. (غن)

(٩) أى القدورى "فى مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "ولا رهن إلخ" معطوف على قوله: ولا يجوز رهن المشاع، وعلته علته. (عناية)

(١١) أى لا يجوز

(١٢) أى القاعدة الكلية.

(١٣) لاختلاطه بغيره. (ع)

(١٤) فى رواية الحسن بن زياد.

(١٥) قوله: "إن رهن إلخ" يعنى أن النخل عبارة عن البدن مع مكانه، والشجر عبارة عن الخشب بموضعه، ألا ترى أنه فى غير موضعه جزع، وليس بنخل، فكأنه استثنى النخل مع مكانه من الأرض، فيصير رهنًا لما سواه، وذلك جائز،

للنابت[١]، فيكون استثناء الأشجار بمواضعها[٢]. بخلاف ما إذا رهن الدار[٣] دون البناء؛ لأن البناء اسم للمبنى[٤]، فيصير راهنًا جميع الأرض، وهى مشغولة بملك الراهن[٥].

ولو رهن النخيل بمواضعها جاز[٦]؛ لأن هذه مجاورة، وهى[٧] لا تمنع الصحة. ولو كان فيه تمر يدخل فى الرهن[٨]؛ لأنه تابع لاتصاله به، فيدخل تبعا تصحيحا للعقد، بخلاف البيع؛ لأن بيع النخيل بدون التمر جائز[٩]، ولا ضرورة إلى إدخاله[١٠] من غير ذكره، وبخلاف المتاع فى الدار[١١]، حيث لا يدخل فى رهن الدار[١٢] من غير ذكر؛ لأنه ليس بتابع بوجه ما، وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الأرض[١٣]، ولا يدخل فى البيع؛ لما ذكرنا فى الثمرة[١٤].

وليس كذلك إذا استثنى البناء؛ لأن ذلك عبارة عن العمارة دون مكانها، فيدخل مكانها فى الرهن، وهو مشغول بها فلا يصح. وأما إذا رهن الأرض واستثنى النخل بمواضعه جاز فى قولهم جميعًا؛ لأنه رهن ما سواه، وذلك بقعة محوزة مجاورة لمكان النخل، فيصح فيها الرهن. (غن)

(١) على الأرض ولهذا يسمى بعد القطع جذعًا لا شجرًا. (كف)

(٢) قوله: "فيكون استثناء إلخ" أى فيكون استثناء الشجر استثناء للمنبت، فكان رهنًا لما سوى المنبت من الأرض، وذلك جائز، بخلاف رهن الأرض دون البناء، إذ البناء اسم للموضوع على وجه الأرض، فكان ذلك رهنًا بجميع الأرض، وذلك مشغول بملك الرهن. (كفاية)

(٣) فإنه لا يصح.

(٤) بدون الأرض.

(٥) أى البناء.

(٦) ذكرها تفريعًا على مسألة "المختصر". (غن)

(٧) أى المجاورة، لا تمنع الصحة" فلا يكون فى معنى الشائع.

(٨) قوله: "ولو كان [ذكرها تفريعًا أيضًا. غن]" أى لو كان فى النخل الذى رهنه بمواضعه تمر، دخل فى الرهن، لأن العقد لا يصح على النخل دون التمر، ودخوله فى العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه، وقد قصد إلى عقد صحيح، فدخل فيه ما لا يصح إلا به، وليس كذلك إذا باع النخل؛ لأن بيع النخل دون التمر صحيح، فلم يكن بنا حاجة إلى إدخال التمر بغير تسمية. (غن)

(٩) وفى الرهن ضرورة إلى إدخاله تصحيحًا لعقد الرهن.

(١٠) فى البيع.

(١١) قوله: "وبخلاف المتاع إلخ" يعنى كما أن التمر لا يدخل من غير ذكر فى بيع النخل، فكذلك لا يدخل المتاع فى رهن الدار من غير ذكر. (غن)

(١٢) قوله: "حيث لا يدخل إلخ" يعنى إذا رهن دارًا مشغولة بأمتعة الراهن لم يصح الرهن؛ لأنها لما لم تكن تابعة بالدار بوجه لم تدخل فى رهنها من غير ذكر، فانتفى القبض، ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها لم يدخل الأمتعة، بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها فإنه يدخل الثمار. (عناية)

(١٣) قوله: "والرطبة" رطبة سپت است تر. (من) وفى "البرهان القاطع": سپت گياهى باشد بغايت نرم وأملس

ويدخل البناء والغرس[1] في رهن الأرض والدار والقرية؛ لما ذكرنا[2]، ولو رهن الدار بما فيها جاز[3]، ولو استحق بعضه[4]، إن كان الباقي يجوز[5]، ابتداء الرهن عليه وحده، بقى رهنًا بحصته[6]، وإلا بطل كله[7]؛ لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي[8].

ويمنع التسليم كون الراهن[9]، أو متاعه في الدار المرهونة، وكذا متاعه في الوعاء المرهون[10]، ويمنع التسليم[11] الدابة المرهونة الحمل عليها، فلا يتم[12]، حتى يلقى الحمل؛ لأنه شاغل لها[13].

كه چار پايه را خوردن آن فربه سازد.

(١٤) قوله: "لما ذكرنا في الثمرة" من أن الرهن لا يصح دون ذلك، ودخوله فيه لا يخرجه من ملك الراهن، فلذلك دخل تصحيحًا للعقد. (غن)

(١) درخت.

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه تابع. (غن)

(٣) قوله: "ولو رهن [ذكره تفريعًا] إلخ" أى لو رهنها وما فيها وخلى بينه وبين ذلك، وهو خارج منها، تم الرهن؛ لأن الكل مرهون، فتم القبض في الكل. (كف)

(٤) المرهون.

(٥) قوله: "إن كان الباقي [بعد ورود الاستحقاق بمحله] يجوز إلخ" وهو فيما إذا بقى الباقي شيئًا معينًا غير شائع، بأن كان المستحق موضعًا معينًا، فرهنه ابتداء يجوز، فكذا بقاء. (مل)

(٦) قوله: "بقى رهنًا بحصته" أى مضمونًا بحصته، كما إذا هلك الباقي يقسم الدين على قيمة الباقي وقيمة المستحق، فما أصاب الباقي يهلك بحصته، وما أصاب المستحق يبقى دينًا في ذمته، وإن كان في قيمة الباقي وفاء بالدين، لا يذهب جميع الدين، بخلاف ما لو رهن الباقي ابتداء، وفيه وفاء بالدين. (ك)

(٧) قوله: "وإلا [أى وإن كان ابتداء الرهن لا يجوز عليه. غن]" أى وإن كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه، بأن استحق جزءً شائعًا، أو ما هو في معنى الشائع، كالثمر ونحوه، بقى الباقي مشاعًا، فبطل الرهن؛ لأن تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا. (زيلعى)

(٨) قوله: "لأن الرهن [متعلق بقوله بقىَ وبطل] إلخ" أى تبين أن الرهن من الابتداء كان فيما بقي، وهو غير مشاع في الأول، فكان جائزا، ومشاع في الثاني، فلم يجز. (مل)

(٩) قوله: "ويمنع التسليم إلخ" حتى لو أخرج الراهن متاعه، وكان هو مع المرتهن فيها قائلا سلمت إليك لا يكون تسليما، حتى يخرج، ويقول سلمتها إليك. (ك)

(١٠) أى كذا يمنع التسليم كون متاع الراهن في إلخ.

(١١) ذكرها تفريعًا أيضًا.

(١٢) الرهن؛ لأنها مشغولة بالحمل كشغل الدار بالمتاع. (كف)

(١٣) قوله: "لأنه [أى الحمل] شاغل إلخ" فالحاصل أنه لا يتم تسليم المشغول بالراهن أو بملكه، إلا بإزالة الشواغل، بخلاف ما إذا كان الرهن شاغلا لا مشغولا حيث يتم تسليمه، كما إذا رهن الحمل على دابة، أو المتاع في دار، أو وعاء دون الدابة، والدار والوعاء، حيث يتم التسليم قبل إسقاط الحمل، وإخراج المتاع عن الوعاء والدار؛ لأن المرهون فيها شاغل لا مشغول. (كف)

بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها، حيث يكون رهنًا تامًّا[١] إذا دفعها إليه؛ لأن الدابة مشغولة به، فصار كما إذا رهن متاعًا في دار، أو وعاء دون الدار والوعاء.

بخلاف ما إذا رهن سرجًا على دابة، أو لجامًا في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنًا، حتى ينزعه منها، ثم يسلمه إليه؛ لأنه من توابع الدابة[٢]، بمنزلة الثمرة للنخيل، حتى قالوا: يدخل[٣] فيه[٤] من غير ذكر.

قال[٥]: ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات، قال: ومال الشركة؛ لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون[٦]، فلا بد من ضمان ثابت، ليقع القبض مضمونًا، ويتحقق استيفاء الدين منه[٧].

قال: وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها، كالمبيع في يد البائع[٨]؛ لأن الضمان ليس بواجب، فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئًا، لكنه يسقط الثمن، وهو حق البائع[٩]، فلا يصح الرهن[١٠]. فأما الأعيان المضمونة بعينها، وهي أن يكون[١١] مضمونًا بالمثل، أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب، وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها؛ لأن الضمان متقرر، فإنه[١٢] إن كان قائمًا وجب تسليمه، وإن كان هالكا تجب قيمته، فكان رهنًا بما هو مضمون،

---

(١) في الحمل. غن؛ لأن الرهن ليس مشغول بغيره ولا هو تابع له. (كف)

(٢) فلا يصح إفراده عنها بالرهن. (غن)

(٣) قوله: "حتى قالوا: إلخ" أي قال المشايخ: إذا رهن دابة عليها سرج، أو لجام، دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعًا. (عناية)

(٤) أي في الرهن.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٦) قوله: "قبض مضمون" أي قبض يصير به المقبوض مضمونًا على القابض بقدر الدين، فلا بد من ضمان على الراهن، حتى يصير المرهون مضمونًا على المرتهن بقدر ذلك الضمان، وليس في الأمانات ضمان، فأن حق صاحب الأمانة مقصور على العين. (ك)

(٧) مرهون.

(٨) قوله: "كالمبيع" بأن اشترى عينًا، ثم إن المشتري أخذ رهنًا من البائع بالمبيع، فإن الرهن باطل؛ لأن المبيع ليس بمضمون، ألا ترى أنه إذا هلك المبيع لم يضمن إلخ، وإنم سماه مضمونًا بغيره باعتبار سقوط الضمان إن لم يقبض، ورده إذا قبض، وإلا فهو ليس بمضمون؛ لأنه إذا هلك يهلك ملك البائع، فلا يجب عليه شيء، كما إذا هلكت الوديعة. (كفاية)

(٩) لأنه لا اعتبار للباطل. (كف)

(١٠) به فلو هلك يهلك بغير شيء.

(١١) العين.

(١٢) أي فإن كل واحد من المغصوب وغيره.

فيصح[١].

قال[٢]: والرهن بالدرك باطل[٣]، والكفالة بالدرك[٤] جائزة، والفرق[٥] أن الرهن للاستيفاء، ولا استيفاء قبل الوجوب[٦]، وإضافة التمليك[٧] إلى زمان فى المستقبل لا تجوز[٨]، أما الكفالة فلالتزام المطالبة[٩]، والتزام الأفعال يصح مضافًا إلى المآل، كما فى الصوم[١٠] والصلاة[١١]، ولهذا[١٢] تصح الكفالة بما ذاب له[١٣] على فلان، ولا يصح الرهن[١٤]، فلو قبضه قبل الوجوب[١٥]، فهلك عنده[١٦] يهلك أمانة؛ لأنه لا عقد حيث وقع[١٧] باطلا.

بخلاف الرهن[١٨] بالدين الموعود، وهو أن يقول: رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم، وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته[١٩]؛ لأن الموعود

---

(١) الرهن.

(٢) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٣) قوله: "والرهن بالدرك إلخ" صورته: أن يبيع شيئًا ويسلمه إلى المشترى، فيخالف المشترى أن يستحقه أحد، فيأخذ من البائع رهنًا بالثمن، لو استحقه أحد، وهو باطل، حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب، استحق المبيع أولا. (عناية)

(٤) هو فى اللغة عبارة عن التبعة فى كل شيء ويراد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. (غن)

(٥) بين الرهن والكفالة.

(٦) قوله: "ولا استيفاء إلخ "فإن الواجب هو الذى يستوفى، وضما ن الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق. (كف)

(٧) قوله: "وإضافة إلخ" أى لا يصح الرهن مضافًا إلى حال وجود الدين؛ لأن الاستيفاء معاوضة، فلا تحتمل الإضافة، لأن إضافة التمليك إلى زمان فى المستقبل لا تجوز. (كف)

(٨) قوله: "لا تجوز" بيانه أن الرهن فيه معنى التمليك؛ لأن الارتهان استيفاء، والرهن إيفاء، فكان فيه معنى المبادلة، والتمليك لا يصح تعليقه بالأخطار. (عينى)

(٩) لا لالتزام أصل الدين. (ك)

(١٠) بالنذر. (كف)

(١١) فإنها تحتمل التعليق بالخطر والإضافة. (غن)

(١٢) إيضاح لقوله: والتزام المال يصح مضافًا إلى المال. (غن)

(١٣) ثبت وتقرر.

(١٤) بما يذوب له على فلا ن.

(١٥) قوله: "فلو قبضه" أى لو قبض المشترى الرهن بالدرك قبل حلول الدرك، فهلك إلخ. (عينى)

(١٦) المشترى.

(١٧) الرهن.

(١٨) متصل بقوله يهلك أمانة يعنى أنه لا يهلك أمانة، بل يهلك مضمونًا. (غن)

جعل[١] كالموجود[٢] باعتبار الحاجة[٣]، ولأنه مقبوض بجهة الرهن[٤] الذي يصح على اعتبار وجوده[٥]، فيعطى له حكمه، كالمقبوض على سوم الشراء[٦] فيضمنه[٧].

قال[٨]: ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه، وقال زفر: لا يجوز؛ لأن حكمه الاستيفاء[٩]، وهذا[١٠] استبدال لعدم المجانسة، وباب الاستبدال[١١] فيها[١٢] مسدود.

---

(١٩) قوله: "يهلك بما سمّى إلخ" هذا إذا ساوى قيمة الرهن وما سمى له من القرض، أو كانت قيمته أكثر من ذلك، وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن، إذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، ولكن المصنف ذكر ههنا قوله: حيث يهلك بما سمى له من القرض في صورة الإطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين، أو أكثر من ذلك. (نت)

(١) قوله: "لأن الموعود جعل إلخ" فإن الرجل يحتاج إلى استخراج شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن، فيجعل الدين الموعود موجوداً احتيالا؛ للجواز دفعًا للحاجة عن المستقرض. (عيني)

(٢) حالة الرهن.

(٣) قوله: "باعتبار الحاجة" فإن قيل: فليجعل المعدوم في الدرك موجوداً بلا شركة في الحاجة، أجيب: بأن المعدوم يجعل موجوداً إذا كان على شرف الوجود، والظاهر من حال المسلم إنجاز وعده، والدرك ليس كذلك؛ لأن الظاهر عدم الاستحقاق، فإن المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره. (ع)

(٤) قوله: "ولأنه [المال المرهون] مقبوض إلخ" والمقبوض بجهة الشيء له حكم ذلك الشيء، فيعطى له أي للذي قبض بجهة الرهن حكم الرهن، حتى يهلك بما سمى من المال بمقابلته، فإن قيل: قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح؛ لأن الواجب فيه القيمة، وفيما نحن فيه الموعود.

فالجواب أن التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم، واعتباره به من حيث إنه يهلك مضموناً، لا أمانة، وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود، فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجوداً فيقدر بقدره، وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد، إذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع، فيجعل مضموناً بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمان الغصب. (ع)

(٥) أي الدين.

(٦) قوله: "كالمقبوض على سوم الشراء" فإنه مضمون على القابض؛ لأنه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته في إيجاب الضمان. (ك)

(٧) قوله: "فيضمنه [أي الأقل من قيمة الرهن، ومما سمى. ك]" أي المرتهن القابض على سوم الرهن عن الدين الموعود. (عيني)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "لأن حكمه [رهن] إلخ" أي لأن الرهن إذا هلك كان المرتهن مستوفياً لدينه من الرهن، واستيفاء غير رأس المال، وبدل الصرف والمسلم فيه لا يجوز؛ لأن استبدال هذه الأشياء من غير جنسه لا يجوز. (غن)

(١٠) أي أخذ الرهن عن هذه الأشياء استبدال، وليس باستيفاء. (ع)

(١١) فإن قبض هذه الأشياء شرط، وبالاستبدال يفوت ذلك.

(١٢) في هذه المذكورات.

ولنا[1] أن المجانسة ثابتة فى المالية، فيتحقق الاستيفاء من حيث المال، وهو المضمون[2] على ما مر[3].

قال: والرهن بالمبيع باطل[4]؛ لما بينا أنه[5] غير مضمون بنفسه، فإن هلك[6] ذهب بغير شيء[7]؛ لأنه لا اعتبار للباطل، فبقي قبضًا بإذنه[8]، وإن هلك الرهن[9] بثمن الصرف، ورأس مال السلم فى مجلس العقد، تم الصرف والسلم، وصار المرتهن مستوفيًا لدينه حكمًا؛ لتحقق القبض حكمًا، وإن افترقا[10] قبل هلاك الرهن بطلا؛ لفوات القبض حقيقةً وحكمًا[11].

وإن هلك[12] الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه، ومعناه: أنه[13] يصير[14] مستوفيًا للمسلم فيه، فلم يبقى السلم، ولو تفاسخا السلم، وبالمسلم[15] فيه رهن،

---

(١) قوله: "ولنا أن إلخ" أى لنا أن الرهن للاستيفاء، وكل دين يمكن استيفاءه من الرهن جاز الرهن به، كما فى الرهن بسائر الديون، وهذه الديون يمكن استيفاءها من الرهن، فيصح الرهن بها، والرهن وإن لم يكن من جنس حقه صورة، فهو من جنس حقه معنى، وهو المالية، والمضمون من الرهن معناه لا صورته؛ لأن صورته أمانة، فإذا هلك الرهن تم العقد، وصار مستوفيًا لحقه. (غن)

(٢) قوله: "وهو المضمون" أى المالية هى المضمون فى عقد الرهن؛ لأن العين أمانة فى يده، فإذا كان مضمونًا من حيث المالية، والأموال كلها جنس واحد من حيث المالية، فيتحقق المجانسة. (ك)

(٣) قوله: "ما مر" إشارة إلى ما ذكر فى أوائل كتاب الرهن، والاستيفاء يقع بالمالية، أما العين أمانة. (غن)

(٤) لأنه ليس فى مقابلة حق مضمون بنفسه. (غن)

(٥) مبيع.

(٦) المرهون عند المشترى المرتهن.

(٧) والبيع على حاله. (غن)

(٨) أى البائع الراهن.

(٩) فى يد المرتهن.

(١٠) العاقدان فى الصرف والسلم. (غن)

(١١) قوله: "لفوات القبض [المستحق فى المجلس. غن] حقيقةً وحكمًا" أما حقيقةً فظاهر، وأما حكمًا فلأنه يكون بالهلاك، فلا يثبت قبله. (كف)

(١٢) فى يد رب السلم

(١٣) قوله: "أنه يصير مستوفيًا إلخ" هذا ليس على إطلاقه؛ لأنه إنما يصير مستوفيًا للمسلم فيه، إذا كان فى الرهن وفاء به، أما إذا كان الرهن أقل منه فلا.

ألا ترى إلى ما قال فى باب السلم من شرح الطحاوى: فإن هلك الرهن فى يده صار مستوفيًا للمسلم فيه، وفى الزيادة يكون أمينًا، وإن كان قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفيًا لذلك القدر، ويرجع عليه بالباقى. (غاية البيان)

(١٤) رب السلم.

(١٥) الواو حالية.

يكون ذلك رهنًا برأس المال حتى[١] يحبسه[٢]؛ لأنه بدله[٣]، فصار كالمغصوب إذا هلك[٤]، وبه[٥] رهن، يكون[٦] رهنًا بقيمته.

ولو هلك[٧] الرهن[٨] بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه[٩]؛ لأنه رهن به، وإن[١٠] كان محبوسًا بغيره[١١]، كمن باع عبدًا وسلم المبيع، وأخذ بالثمن رهنًا، ثم تقايلا البيع، له[١٢] أن يحبسه[١٣]؛ لأخذ المبيع[١٤]؛ لأن الثمن بدله[١٥]، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن؛ لما بينا[١٦]، وكذا لو اشترى عبدًا شراء فاسدًا[١٧]، وأدى ثمنه، له أن يحبسه ليستوفى الثمن، ثم لو هلك[١٨] المشترى فى يد المشترى يهلك[١٩]

(١) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء. (ف)

(٢) قوله: "حتى يحبسه [أى رب المسلم]" أى لاستيفاء رأس المال، وإن لم يكن رهنًا به؛ لأن فى الرهن بالمسلم فيه استيفاء له من وجه، فصار كما لو استوفاه حقيقة، ولو استوفاه حقيقة، ثم تقايلا كان له أن يحبسه لاستيفاء ما يقابله تحقيقًا للمساواة فى الإقالة التى هو فى معنى العقد، فكذا إذا صار مستوفيًا من وجه. (غن)

(٣) وبدل الشيء يقوم مقامه.

(٤) قوله: "إذا هلك" أى ارتهن بالمغصوب، فهلك له أن يحبس الرهن بقيمته؛ لأن الواجب بالغصب استرداد الغصب عند قيامه، والقيمة عند هلاكه. (ك)

(٥) الواو حالية.

(٦) الرهن.

(٧) فى يد رب السلم.

(٨) بالمسلم فيه.

(٩) قوله: "يهلك بالطعام [حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام. عناية] إلخ" فعلى المرتهن أن يعطى مثل الطعام الذى كان له على المسلم إليه ويأخذ رأس ماله؛ لأنه بقبض المال صارت ماليته مضمونة بطعام السلم، وقد بقى حكم الرهن إلى أن هلك، فصار بهلاك الرهن مستوفيًا طعام السلم، ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا يلزمه رد المستوفى لاسترداد رأس المال، فكذلك ههنا؛ لأن الإقالة فى باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها، فهلاك الرهن لا يبطل الإقالة، وإنما جعله هالكًا بالطعام، لا برأس المال؛ لأنه ليس برهن به؛ لكونه محبوس به؛ لما قلنا، ويجوز أن يكون الشيء محبوسًا بالشيء ولا يكون مضمونًا به. (غن)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) وهو رأس المال. (غن)

(١٢) بائع.

(١٣) رهن.

(١٤) من المشترى.

(١٥) مبيع.

(١٦) قوله: "لما بينا" مراده الإشارة إلى قوله: لأنه رهنه به، وإن كان محبوسًا بغيره يعنى أن هلاك المرهون بما هو بالأصل حين انعقاد الرهن، وإن كان المرهون محبوسًا قبل الهلاك بغيره أيضًا؛ لقيامه مقامه. (نت)

(١٧) قوله: "وكذا لو اشترى عبدًا شراءً فاسدًا" وأدى ثمنه، ثم أراد فسخه للفساد له أى للمشترى أن يحبس العبد ليستوفى الثمن؛ لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري؛ لاستيفاء الثمن من البائع فى البيع الفاسد. (ك)

بقيمته[١] فكذا هذا.

قال[٢]: ولا يجوز رهن الحر والمدبر، والمكاتب وأم الولد؛ لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يتحقق[٣] الاستيفاء من هؤلاء؛ لعدم المالية في الحر، وقيام المانع في الباقين[٤].

ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس[٥]، وكذا[٦] بالقصاص في النفس وما دونها، لتعذر الاستيفاء، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ[٧]؛ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن.

ولا يجوز الرهن بالشفعة[٨]؛ لأن المبيع غير مضمون على المشترى[٩]، ولا بالعبد الجاني[١٠] والعبد المديون المأذون؛ لأنه[١١] غير مضمون على المولى[١٢]، فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء[١٣]، ولا بأجرة النائحة والمغنية[١٤]،

---

(١٨) بعد الحبس. (ع)

(١٩) لأنه ليس برهن بالثمن، ولكنه مقابل بالثمن. (غن)

(١) لا بالثمن.

(٢) أي المصنف، وليس في كثير من النسخ: قال. (عيني)

(٣) لأنه لا يجوز بيعها. (غن)

(٤) قوله: "وقيام المانع" يعني حق الحرية في الباقين، ولهذا لو طرئت هذه التصرفات أبطلته، وإذا كان مقارنة منعته. (ع)

(٥) قوله: "ولا يجوز [ذكره بسبيل التفريع . من] إلخ" لمعنيين: أحدهما: أن استيفاء المكفول به واستيفاء القصاص من الرهن غير ممكن،.

والثاني: أن المكفول به غير مضمون في نفسه، فإنه لو هلك لم يجب شيء، وإنما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص في النفس وما دونه؛ لأنه لو رهن ببدل الصلح عن دم العمد يصح؛ لأن البدل مضمون بنفسه، وهذا بخلاف ما إذا كان القتل خطأ، فصالحه على عين، ثم رهن به رهنا لم يصح؛ لأنه غير مضمون، فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح، فصار كالمبيع، كذا في "الإيضاح" في آخر ما يجوز به الارتهان. (كفاية)

(٦) أي لا يجوز.

(٧) فالرهن بالدية والأرش صحيح.

(٨) قوله: "ولا يجوز [ذكرها على سبيل التفريع. غن] الرهن بالشفعة" صورته: أن يطالب الشفيع، ويقضي القاضي بذلك، فيقول للمشترى: أعطني رهنًا بالدار المشفوعة. (عناية)

(٩) إذ لو هلك لم يلزم المشترى ضمان. (ك)

(١٠) ذكرها أيضًا تفريعًا. (غن)

(١١) عبد.

(١٢) من طرف رب الجناية وأرباب الديون.

(١٣) قوله: "لا يجب عليه [مولى] شيء" فإن العبد الجاني إذا مات بطل حق المجني عليه، ولا يلزم المولى شيء من

حتى لو ضاع[١] لم يكن مضمونًا[٢]؛ لأنه لا يقابله شيء مضمون[٣].

ولا يجوز للمسلم[٤] أن يرهن خمرًا[٥]، أو يرتهنه من مسلم، أو ذمي؛ لتعذر الإيفاء والاستيفاء[٦] في حق المسلم، ثم الراهن إذا كان ذميا[٧]، فالخمر مضمون عليه[٨] للذمي[٩]، كما إذا غصبه[١٠]، وإن كان المرتهن ذميا[١١]، لم يضمنها[١٢] للمسلم، كما لا يضمنها[١٣] بالغصب منه[١٤].

بخلاف ما إذا جرى ذلك[١٥] فيما بينهم[١٦]؛ لأنها مال في حقهم، أما الميتة[١٧] فليست بمال عندهم، فلا يجوز[١٨] رهنها وارتهانها فيما بينهم[١٩]، كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال.

ولو اشترى عبدًا، ورهن بثمنه عبدًا، أو خلا[٢٠]، أو شاة مذبوحة، ثم ظهر

ذلك، وكذلك العبد المديون إذا مات لم يجب بموته على أحد شيء. (غن)

(١٤) ذكرها تفريعًا أيضًا. (غن)

(١) أي الرهن في يد النائحة والمغنية. (ك)

(٢) قوله: "لم يكن مضمونًا" لأن الرهن حصل بما ليس بواجب أصلا، ألا ترى أنهما لو ترافعا الأمر إلى القاضي قبل الرهن، فالقاضي لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر، كذا في "الذخيرة". (نهاية)

(٣) فإن أجرتهما ليست بمضمونة.

(٤) ذكرها تفريعًا أيضًا. (غن)

(٥) أو خنزيرًا.

(٦) قوله: "لتعذر الإيفاء والاستيفاء" أي لأن الرهن للإيفاء والاستيفاء، والمسلم لا يملك الإيفاء، إذا كان هو الراهن، ولا يمكن الاستيفاء إذا كان هو المرتهن. (غن)

(٧) والمرتهن مسلمًا.

(٨) لحق الذمي. (غن)

(٩) أي على المرتهن.

(١٠) أي غصب المسلم خمر الذمي، فليه الضمان.

(١١) والراهن مسلمًا.

(١٢) الراهن.

(١٣) الذمي.

(١٤) المسلم.

(١٥) رهن الخمر.

(١٦) أهل الذمة.

(١٧) وكذا الدم.

(١٨) أي يبطل.

(١٩) أهل الذمة.

العبد[1] حرًا، والخل[2] خمرًا، والشاة[3] ميتة، فالرهن مضمون[4]، لأنه رهنه بدين[5] واجب ظاهرًا[6].

وكذا إذا قتل عبدًا[7]، ورهن بقيمته رهنًا، ثم ظهر أنه[8] حر، وهذا كله على ظاهر الرواية. وكذا[9] إذا صالح[10] على إنكار[11]، ورهن بما صالح عليه رهنًا، ثم تصادقا[12] أن لا دين، فالرهن مضمون، وعن أبى يوسف[13] خلافه[14]، وكذا قياسه[15] فيما تقدم من جنسه[16].

قال[17]: ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه[18] عبدًا لابنه[19] الصغير؛ لأنه يملك

---

(٢٠) أى أو اشترى.

(١) المبيع.

(٢) المبيع.

(٣) المبيعة.

(٤) بأقل من قيمته وقيمة الرهن.

(٥) والأحكام الشرعية تبتنى على الظاهر.

(٦) قوله: "بدين واجب [وهو الثمن] ظاهرًا [وهو كاف؛ لأنه آكد من الدين الموعود. ك]" ألا ترى أن البائع والمشترى لو اختصما إلى القاضى قبل ظهور الحرية والاستحقاق، فالقاضى يقضى بالثمن، ووجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن، ولصيرورته مضمونًا. (ع)

(٧) قوله: "وكذا إذا قتل إلخ" [أى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته وقيمة الرهن. غن] أى ضمن المرتهن الأقل من القيمة، ومن قيمة الرهن وذلك؛ لأنه قبضه على مال مضمون فى الظاهر. (غن)

(٨) أى أن العبد المقتول. (ع)

(٩) ذكرها بسبيل التفريع، وكذا ما تقدمها.

(١٠) المدعى عليه من المدعى من دعواه. (غن)

(١١) قوله: "وكذا إذا صالح إلخ" لأن الارتهان حصل بدين مضمون على الراهن من حيث الظاهر. (غن)

(١٢) أى لم يكن للمدعى على المدعى عليه شىء.

(١٣) فى رواية بشر.

(١٤) قوله: "خلافه [أى خلاف هذا الحكم. غن]" لأنهما لما تصادقا أن لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان، وتصادقهما حجة فى حقهما، والاستيفاء بدون الدين لا يتصور. (عناية)

(١٥) قوله: "وكذا قياسه إلخ" الرواية المحفوظة عن أبى يوسف فى مسألة الصلح عن الإنكار أن المرتهن لا يضمن إذا تصادقا أن لا دين ولم يحفظوا روايته فى مسألة من اشترى عبدًا، ورهن بثمنه، ثم ظهر العبد حرًا وأخواتها، ولكن وجدوا تلك المسائل كمسألة الصلح على الإنكار فقالوا: قياس قول أبى يوسف فى هذه المسائل يقتضى أن لا يكون الرهن مضمونًا؛ لأنه قبضه، وليس هناك ضمان فى الحقيقة. (ك)

(١٦) وهو ما إذا ظهر العبد حرًا والخل خمرًا والمذبوح ميتة.

(١٧) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٨) أى على الأب.

الإيداع(١)، وهذا(٢) أنظر في حق الصبي منه؛ لأن قيام المرتهن بحفظه(٣) أبلغ خيفة الغرامة(٤)، ولو هلك(٥) يهلك مضمونًا والوديعة تهلك أمانة، والوصى(٦) بمنزلة الأب فى هذا الباب؛ لما بينا(٧). وعن أبى يوسف وزفر: أنه لا يجوز ذلك منهما(٨)، وهو القياس اعتبارًا بحقيقة الإيفاء(٩).

ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان، أن فى حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي هذا(١٠) نصب حافظ لماله(١١) ناجزًا(١٢) مع ملكه، فوضح الفرق، وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيًا دينه لو هلك(١٣) فى يده(١٤)، ويصير الأب أو الوصي موفيًا له، ويضمنه للصبى(١٥)؛ لأنه قضى دينه(١٦) بماله، وكذا لو سلطا المرتهن(١٧) على بيعه(١٨)؛ لأنه(١٩) توكيل بالبيع، وهما(٢٠)

---

(١٩) قوله: "لابنه الصغير" احترازعن الابن الكبير، فإنه لا يجوز للأب أن يرهن عبده بدين نفسه إلا بالإذن. (ع)

(١) قوله: "لأنه [أب] يملك الإيداع" أى على وجه لا يكون مضمونًا على المودع، فلأن يكون بسبيل من الإيداع على وجه يكون مضمونًا على المودع أولى. (كف)

(٢) أى الرهن بدين الأب.

(٣) مرهون.

(٤) من حفظ المودع.

(٥) هذا المرهون.

(٦) هذا قول صاحب "الهداية". (غن)

(٧) قوله: "لما بينا" وهو قوله: لأنه يملك الإيداع، وهذا أنظر فى حق الصبى منه. (ك)

(٨) أى الأب والوصى.

(٩) قوله: "اعتبارًا [لأن الرهن إيفاء حكمًا، فلا يملكانه كالإيفاء حقيقة. زيلعى] إلخ" أى أنه قضى دين نفسه من مال ابنه، وليس له ذلك، بيانه: أن الأب ليس له حقيقة الإيفاء، بأن يوفى دينه من مال الصغير، فليس له أن يؤتى ماله بجهة الإيفاء؛ لأن الرهن محبوس بجهة الاستيفاء. (غن)

(١٠) أى الرهن.

(١١) صغير.

(١٢) ناجز: حاضر وآماده. (من)

(١٣) الرهن.

(١٤) مرتهن.

(١٥) قوله: "ويضمنه [الأب والوصى] للصبى" أى يضمن الأب والوصى للصغير قيمة الرهن، إذا كانت القيمة مثل الدين، وإن كانت القيمة أكثر من الدين، يضمن مقدار الدين، ولا يضمن الزيادة؛ لأن الأب والوصى فيما زاد مودع مال الصغير. (ك)

(١٦) صبى.

(١٧) قوله: "وكذا لو سلطا [الأب والوصى] إلخ" أى كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبدًا للصغير، كذلك

يملكانه. قالوا: أصل هذه المسألة البيع[(١)]، فإن الأب أو الوصى إذا باع مال الصبى من غريم[(٢)] نفسه جاز، وتقع المقاصة[(٣)] ويضمنه للصبى عندهما، وعند أبى يوسف لا تقع المقاصة[(٤)]، وكذا[(٥)] وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان[(٦)].

وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه[(٧)]، أو من ابن له صغير[(٨)]، أو عبد له تاجر[(٩)]، لا دين عليه[(١٠)] جاز؛ لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين، وأقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد، كما فى بيعه مال الصغير من نفسه[(١١)]،

يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد. (نت)

(١٨) مرهون.

(١٩) تسليط.

(٢٠) الأب والوصى.

(١) قوله: "قالوا: إلخ" أى قال المشايخ: أصل مسألة رهن الأب، والوصى بدين نفسه متاع الصغير البيع، فإن إلخ، فإذا ثبت الاختلاف فى البيع، ثبت فى الرهن أيضًا؛ لأن الرهن بعاقبته بالنظر إلى كونه مضمونًا نظير البيع. (غن)

(٢) قرض خواه.

(٣) بين الدين والثمن. (غن)

(٤) قوله: "لا تقع المقاصة" بل يبقى دين الغريم على الأب كما كان، ويصير للصغير الثمن على المشترى. (عناية)

(٥) قوله: "وكذا وكيل البائع إلخ" يعنى إذا كان للمشترى على وكيل البائع دين، كان على هذا الخلاف يقع المقاصة عندهما، خلافا لأبى يوسف. (ك)

(٦) قوله: من حيث وجوب إلخ" أى من حيث إنه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله للصبى، وفى البيع كذلك، فإنه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنا له مثله. (ك)

(٧) قوله: "وإذا رهن [هذه المسائل من ههنا إلى قوله: "ويجوز رهن الدراهم والدنانير" من مسائل الأصل ذكرها تفريعًا على مسألة "الجامع الصغير". غن] إلخ" يريد بيان جواز أن يكون الأب راهنًا ومرتهنًا بالنسبة إلى مال واحد، وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير، ويأخذ شيئًا رهنًا من متاعه، فيكون راهنًا من جهة ابنه ومرتهنًا لذاته. (ع)

قوله: "وإذا رهن الأب من نفسه" أى متاع الصغير بدين له على الصغير، فكان الأب راهنًا بطريق النيابة عن ابنه الصغير ومرتهنًا أيضًا بالنظر إلى أنه يأخذ متاع ابنه الصغير رهنًا لنفسه بدين له على الصغير. (ك)

(٨) قوله: "أو من ابن له" أى رهن الأب متاع ابنه الصغير من ابن له آخر صغير، بأن يكون لرجل ابنان صغيران، فصار لأحدهما دين على آخر بوجه من الوجوه، فرهن الأب متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذى هو رب الدين. (ك)

(٩) قوله: "أو عبد له إلخ" أى رهن الأب متاع الصغير من عبد تاجر للأب، ولا دين عليه بأن اشترى الأب متاع عبده التاجر الذى لا دين عليه لأجل ابنه الصغير، فصار للعبد دين على الصغير، فرهن بهذا الدين. (غن)

(١٠) قوله: "لا دين عليه [أى على العبد. ك]" إنما قيد به لأن الشبهة إنما ترد فيما إذا لم يكن على العبد دين؛ لأنه حينئذ يكون بمنزلة أن يرهنه من نفسه؛ لأن كسب عبده الذى لا دين عليه له، ولكن غير مانع لما ذكرنا أنه لو رهن متاع ابن الصغير من نفسه يجوز، فكذلك ههنا، وأما إذا كان على العبد دين، فلا شك فى جواز الرهن، حتى أن الوصى يشارك الأب فى جواز الرهن فى هذه الصورة. (ك)

(١١) قوله: "كما فى بيعه [فإنه يجوز] إلخ" أى هذا بناء على أن بيع الأب مال ولده من نفسه جائز، وإن لم يكن

فتولى[١] طرفي العقد[٢].

ولو ارتهنه الوصي من نفسه[٣]، أو من هذين[٤]، أو رهن عينًا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز؛ لأنه وكيل محض، والواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن، كما لا يتولاهما فى البيع، وهو[٥] قاصر الشفقة[٦]، فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه إلحاقًا له بالأب[٧]، والرهن[٨] من ابنه الصغير وعبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه[٩]، بخلاف ابنه الكبير وأبيه، وعبده الذى عليه دين؛ لأنه لا ولاية له عليهم[١٠]، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع[١١] من هؤلاء[١٢]؛ لأنه متهم[١٣] فيه[١٤]، ولا تهمة في الرهن؛ لأن له حكمًا واحدًا[١٥].

وإن استدان الوصى[١٦] لليتيم فى كسوته وطعامه، فرهن به[١٧] متاعًا لليتيم

فى ذلك منفعة ظاهرة، بأن باع بمثل القيمة من نفسه، فكذا جاز رهنه، وإن كان الرهن يصير مضمونًا بالقيمة، وأما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعًا بمثل قيمته، فكذا رهنه من نفسه! (عناية)

(١) الأب.

(٢) الإيجاب والقبول.

(٣) قوله: "ولو ارتهنه [مال الصغير] إلخ" أى ارتهن الوصى متاع الصغير بدين الموصى على الصغير، أو من هذين، أى ارتهن الوصى متاع الصغير بدين ابنه الصغير على الصغير اليتيم، أو ارتهن الوصى متاع الصغير اليتيم بدين عبد الوصى التاجر الذى لا دين عليه على اليتيم، أو رهن الوصى عينًا للوصى بدين اليتيم علي الوصى، وذلك كله لا يجوز. (غن)

(٤) أى من صغير الوصى وعبد الوصى. (كف)

(٥) الوصى. أى ليس الوصى كالأب، فإنه قاصر إلخ.

(٦) والأب كامل الشفقة.

(٧) قلت: قوله: إلحاقًا له بالأب علة للمنفى دون النفى. (نت)

(٨) أى رهن الوصى. (غن)

(٩) فلا يصح كما لو رهن من نفسه. (غن)

(١٠) وهم فى كسبهم بمنزلة الأجنبى.

(١١) حيث لا يجوز. (عينى)

(١٢) أى ابنه الكبير، وأبيه، وعبده المديون.

(١٣) اتهام: تهمت نهادن. (م)

(١٤) أى فى البيع متهم.

(١٥) قوله: "لأن له [أى للرهن] حكمًا واحدًا" وهو أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبى، فلانتفاء التهمة نفذ تصرفه معهم. (كف)

(١٦) قوله: "وإن الاستدان [استدان دام گرفت. من]" أى اشترى بدين كسوة لليتيم، أو طعامًا. (ك)

(١٧) أى بهذا الدين.

جاز؛ لأن الاستدانة جائزة[١] للحاجة، والرهن يقع إيفاء للحق[٢]، فيجوز[٣]، وكذلك لو اتجر لليتيم[٤]، فارتهن أو رهن؛ لأن الأولى[٥] له التجارة[٦] تثميرا[٧] لمال اليتيم، فلا يجد[٨] بدًا من الارتهان والرهن؛ لأنه إيفاء واستيفاء.

وإذا رهن الأب متاع الصغير[٩]، فأدرك[١٠] الابن ومات الأب[١١]، ليس للابن أن يرده[١٢] حتى يقضي الدين؛ لوقوعه[١٣] لازما من جانبه، إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه[١٤] مقامه.

ولو كان الأب رهنه[١٥] لنفسه[١٦]، فقضاه الابن[١٧]، رجع[١٨] به[١٩] في مال

---

(١) للوصي.

(٢) وللوصي أن يوفي الحق على الصغير من مال الصغير. (غن)

(٣) قوله: "فيجوز" لأن الرهن وثيقة للاستيفاء، فيملكه من يملك حقيقة الاستيفاء. (كافي)

(٤) قوله: "لو اتّجر [الوصي، اتجار بازرگاني كردن. من] إلخ" أي إذا اتجر الوصي لأجل اليتيم، فباع متاعه فأخذ رهنًا، أو اشترى لأجل اليتيم، فرهن متاع اليتيم جاز ذلك. (غاية البيان)

(٥) أي أولى التصرفات.

(٦) أي الأفضل.

(٧) ثمر الرجل ماله: بسيار كرد مال را. (غن)

(٨) الوصي.

(٩) قوله: "وإذا رهن الأب إلخ" أطلق رهن الأب متاع الصغير، فأدرك ولم يذكر أنه رهن لدين الصغير أو لدين نفسه؛ لأن هذا الحكم الذي ذكره لا يختلف بين أن يكون الدين دين الصغير أو دين الأب، وقوله: ومات الأب، قيد اتفاقي، وكذلك ذكر الأب ليس بقيد؛ لأن هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل أداء الدين إذا بلغ لا يختلف بين أن يكون الراهن أبًا، أو وصيًا للصغير.

ذكر شيخ الإسلام في "مبسوطه" وإذا رهن الأب مالا لولده، وهو صغير فأدرك، فأراد رد الرهن، ليس له ذلك؛ لأن الوصي لو رهن مال الصغير إما بدينه أو بدين الصغير، ثم بلغ الصغير، فأراد أن يرد ذلك، لم يكن له ذلك، فإذا فعله الأب، وأنه أعم ولاية أولى. (كفاية للسيد جلال الدين)

(١٠) أي بلغ، إدراك: در رسيدن كودك بيلوغ. (م)

(١١) قيد اتفاقي؛ لأنه لو كان حيا كان الحكم كذلك.

(١٢) رهن.

(١٣) رهن.

(١٤) أب.

(١٥) أي مال الصغير، أي رهن مال الصبي من شخص بدين كان له على الأب.

(١٦) أي في دين نفسه، لا في دين الصغير. (غن)

(١٧) قوله: "فقضاه [دين الأب] إلخ" أي إذا قضى الابن دين المرتهن، فإن كان الرهن لنفسه فذلك، وإن كان للأب فله أن يرجع في مال والده، لأنه مضطر فيه. (ع)

(١٨) الابن.

الأب؛ لأنه[1] مضطر فيه[2] لحاجته إلى إحياء ملكه، فأشبه[3] معير الرهن.

وكذا[4] إذا هلك[5] قبل أن يفتكه[6]؛ لأن الأب يصير قاضياً دينه[7] بماله[8]، فله[9] أن يرجع عليه[10]، ولو رهنه[11] بدين على نفسه، وبدين على الصغير جاز؛ لاشتماله[12] على أمرين جائزين[13]، فإن هلك[14] ضمن الأب حصته[15] من ذلك[16] للولد؛ لإيفاءه[17] دينه من ماله[18] بهذا المقدار[19]، وكذلك الوصي[20]، وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب، أو وصي الأب.

ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه[21] عليه وقبض المرتهن، ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم، فضاع[22] في يد الوصي، فإنه[23] خرج من الرهن

(١٩) أي بما قضى.

(١) ابن.

(٢) أي في الأداء.

(٣) الابن.

(٤) الرهن.

(٥) يعني له أن يرجع في مال الأب. (ك)

(٦) الابن.

(٧) أي دين نفسه.

(٨) ابن.

(٩) ابن.

(١٠) الأب.

(١١) الأب أي مال الصغير.

(١٢) قوله: "لاشتماله إلخ" يريد أنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد، ملك بدينهما؛ لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب، جاز أن يثبت للكل، دون العكس. (عناية)

(١٣) أي رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه، وبدين الصغير. (غن)

(١٤) المرهون.

(١٥) أي حصة نفسه، أي بمال أخذه لنفسه ولولده الصغير. (غن)

(١٦) أي الرهن.

(١٧) الأب.

(١٨) الصبي.

(١٩) أي بمقدار حصته.

(٢٠) قوله: "وكذلك الوصي" أي إذا رهن متاع الصغير ليس له أن يسترد الرهن حتى يقضي الدين بعد البلوغ. (غن)

(٢١) في كسوته ولباسه.

(٢٢) الرهن.

وهلك من مال اليتيم؛ لأن فعل الوصي كفعله بنفسه[١] بعد البلوغ؛ لأنه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه[٢]، هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى[٣].

والمال دين[٤] على الوصي[٥]، معناه هو المطالب به[٦]، ثم يرجع بذلك على الصبي؛ لأنه غير معتد[٧] في هذه الاستعارة، إذ هي[٨] لحاجة الصبي، ولو استعاره لحاجة نفسه، ضمنه للصبي[٩]؛ لأنه متعد، إذ ليس له ولاية الاستعمال[١٠] في حاجة نفسه.

ولو غصبه[١١] الوصي بعد ما رهنه، فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده[١٢]، فالوصي ضامن لقيمته؛ لأنه متعدّ في حق المرتهن بالغصب والاستعمال، وفي حق الصبي بالاستعمال[١٣] في حاجة نفسه، فيقضي به الدين[١٤] إن كان قد حل[١٥]، فإن كانت قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن، ولا يرجع[١٦] على اليتيم؛ لأنه وجب لليتيم

---

(٢٣) مرهون.

(١) كفعل اليتيم. (ك)

(٢) قوله: "والحكم فيه هذا" يعني لو كان اليتيم بالغًا، فرهن متاعه بنفسه، ثم استعاره من المرتهن، فهلك في يده، لم يسقط الدين؛ لأن عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيًا، ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيًا دينه باعتبار يد المديون. (كفاية)

قوله: "والحكم فيه "هذا" أي الحكم في فعل اليتيم بعد البلوغ هذا، وهو أنه يهلك من ماله إذا رهنه، فاستعاره، فهلك في يده. (غن)

(٣) قوله: "على ما نبينه" أي في باب التصرف في الرهن عند قوله: وإذا أعار المرتهن الرهن حيث قال: فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون. (غن)

(٤) أي دين المرتهن.

(٥) أي لم يسقط.

(٦) أي رجع المرتهن على الوصي بالدين، كما يرجع به قبل الرهن. (ك)

(٧) فإنه له ولاية هذه الاستعارة.

(٨) استعارة.

(٩) إذا هلك في يده.

(١٠) أي استعمال مال الصغير.

(١١) مرهون.

(١٢) المرهون.

(١٣) لا بالأخذ؛ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم.

(١٤) بما في ذمة الوصي

(١٥) أي وجب لحلول الأجل، حلول -بالضم- رسيدن وعده چيزى. (م)

(١٦) المرتهن.

عليه مثل ما وجب له على اليتيم، فالتقيا قصاصًا(١).

وإن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن، وأدى الزيادة من مال اليتيم؛ لأن المضمون عليه(٢) قدر القيمة لا غير.

وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين(٣)، أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن(٤)، والفضل لليتيم(٥)، وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن(٦)؛ لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم، فتكون(٧) رهنًا عنده(٨)، ثم إذا حل الأجل(٩) كان الجواب على التفصيل الذى فصلناه(١٠).

ولو أنه(١١) غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك فى يده(١٢) يضمنه(١٣) لحق المرتهن، ولا يضمنه(١٤) لحق الصغير؛ لأن استعماله(١٥) لحاجة الصغير ليس بتعدٍ، وكذا(١٦) الأخذ(١٧)؛ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم، ولهذا قال(١٨) فى كتاب الإقرار:

(١) أى المرتهن والوصى.

(٢) أى بغصب الرهن. (غن)

(٣) قوله: "وإن كانت قيمة الرهن" أكثر من الدين أدى قدر الدين إلى المرتهن، وقد وقع فى بعض النسخ أدى قدر القيمة، وذلك ليس بشىء؛ لأن حق المرتهن ليس إلا فى قدر الدين، فكيف يؤدى إليه قدر القيمة، وهى أكثر من الدين. (غن)

(٤) قوله: "أدى [من القيمة. غن] قدر الدين" وهذا هو الصواب، وفى عامة النسخ قدر القيمة إلى المرتهن، وهذا سهو وقع من الكاتب، وهذا ظاهر، لا خفاء فيه لأحد. (ك)

(٥) لأنه بدل ملكه. (غن)

(٦) قوله: "وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن [لقيامها مقام الرهن. كافى]" أى إن كان لم يحل الدين، حتى لو هلك الرهن بعد الغصب يكون القيمة رهنًا عند المرتهن إلى أن يحل الأجل؛ لأنها بدل الرهن، فيكون مقامه. (غاية البيان)

(٧) القيمة.

(٨) مرتهن.

(٩) بعد ذلك.

(١٠) فيما إذا كانت القيمة مثل الدين، أو أقل منه، أو أكثر منه. (غن)

(١١) الوصى.

(١٢) الوصى.

(١٣) قوله: يضمنه إلخ" يعنى أن الوصى يضمنه قدر الدين، وهو حق المرتهن؛ لأنه غصب حقه واستعمله، ولا يضمنه الزيادة على قدر الدين، وهى حق الصغير؛ لأنه لم يوجد التعدى من الوصى فى حق الصغير؛ لأنه استعمل مال الصغير فى حاجة الصغير غاية ما فى الباب أنه أخذ مال اليتيم من يد المرتهن، وله ولاية الأخذ، بدليل ما قال فى كتاب الإقرار: إذا أقر إلخ. (غن)

(١٤) وهو الزيادة على قدر الدين. (ك)

(١٥) الوصى.

(١٦) ليس بتعد.

(١٧) من المرتهن.

(١٨) محمد.

إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء، لأنه لا يتصور غصبه؛ لما أن له ولاية الأخذ، فإذا هلك في يده[١] يضمنه للمرتهن، يأخذه بدينه[٢]، إن كان قد حل[٣]، ويرجع الوصي على الصغير[٤]؛ لأنه ليس بمتعد[٥]، بل هو عامل له، وإن كان[٦] لم يحل يكون[٧] رهنًا عند المرتهن، ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه[٨]، ويرجع الوصي على الصبي بذلك[٩]؛ لما ذكرنا[١٠].

قال[١١]: ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون[١٢]؛ لأنه يتحقق الاستيفاء منه، فكان محلا للرهن. فإن رهنت بجنسها فهلكت[١٣]، هلكت بمثلها[١٤] من الدين، وإن اختلفا في الجودة؛ لأنه لا معتبر بالجودة[١٥] عند المقابلة بجنسها. وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن عنده[١٦] يصير[١٧] مستوفيًا[١٨]، باعتبار الوزن دون القيمة، وعندهما يضمن[١٩] القيمة من خلاف جنسه[٢٠]، وتكون رهنًا مكانه[٢١]

---

(١) الوصي.

(٢) قوله: "يأخذه بدينه" أي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف. (عناية)

(٣) الدين.

(٤) أي بما أخذه المرتهن. (غن)

(٥) قوله: "لأنه ليس متعد" أي لأنه قضى دين الصغير، ولم يوجد منه التعدي في حق الصغير؛ لأن عمله وقع لأجل الصغير. (غن)

(٦) الدين.

(٧) الضمان. أي قيمة الرهن. (غن)

(٨) أي يأخذ المرتهن دينه من القيمة. (غن)

(٩) أي بما أخذ المرتهن على الصغير. (غن)

(١٠) إشارة إلى قوله: لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له. (غن)

(١١) أي القدوري في "مختصره" (غن)

(١٢) قوله: "ويجوز إلخ" قد عرفت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون، والدراهم والدنانير على هذه الصفحة، فيجوز رهنهما. (عناية)

(١٣) عند المرتهن.

(١٤) قدرًا.

(١٥) لأن الجودة لا قيمة لها إذا لاقت جنسها فيما يجرى فيه الربا. (هن)

(١٦) أي عند أبي حنيفة.

(١٧) المرتهن.

(١٨) بالهلاك.

(١٩) المرتهن.

(٢٠) أي إن كان درهمًا فبالذهب، وإن كان دينارًا فبالفضة.

وفي "الجامع الصغير"[١]: فإن رهن إبريق فضة[٢]، ووزنه عشرة بعشرة فضاع[٣]، فهو بما فيه[٤]. قال رضي الله تعالى عنه[٥]: معناه أن تكون قيمته مثل وزنه، أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق[٦]؛ لأن الاستيفاء عنده[٧] باعتبار الوزن[٨]، وعندهما[٩] باعتبار القيمة[١٠]، وهي مثل الدين في الأول[١١]، وزيادة عليه في الثاني[١٢]، فيصير[١٣] بقدر الدين مستوفيًا، فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور[١٤]. لهما لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن؛ لما فيه من الضرر بالمرتهن[١٥]، ولا إلى اعتبار القيمة[١٦]؛ لأنه يؤدى إلى الربا[١٧]، فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس؛ لينتقض القبض[١٨]، ويجعل مكانه[١٩] ثم يتملكه[٢٠]

(٢١) قوله: "وتكون رهنًا إلخ" لأنه لو صار مستوفيًا يتضرر المرتهن، فالأصل عنده أن حالة الهلاك حالة الاستهلاك والاستيفاء، إنما يكون بالوزن، وعندهما حالة الهلاك حالة الاستيفاء إذا لم يفض إلى الضرر. (كف)

(١) أتى برواية "الجامع الصغير" لاحتياجها إلى تفصيل ذكره. (ع)

(٢) قوله: "إبريق" إبريق: كوزه بالوله با دسته، واين معرب آبريزست، أباريق جمع. (م)

(٣) أى فذلك الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله. (ع)

(٤) قوله: "فهو بما فيه" الهاء في فيه راجعة إلى الرهن، أى يهلك الرهن بالدين الذى في الرهن، وصار كأن الدين في الرهن من حيث المالية. (حميدية)

(٥) أى المصنف.

(٦) أى ما يكون قيمته مثل وزنه، أو أكثر. (ع)

(٧) الإمام.

(٨) ولا اعتبار للجودة.

(٩) وهو مثل الدين، وقضاء الدين بما هو أجود منه حسن. (غن)

(١٠) قوله "باعتبار" فإن في قيمته وفاء وزيادة، فبعضه يهلك بالدين، وبعضه أمانة، فلا بد من صحة الاستيفاء. (غن)

(١١) هو ما إذا كانت قيمة الرهن مثل وزن الرهن. (غن)

(١٢) قوله: "في الثاني" وهو ما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من وزنه. (غن)

(١٣) المرتهن.

(١٤) قوله: "فهو على الخلاف" أى عند أبى حنيفة يصير مستوفيًا بالوزن؛ لأن استيفاء الجيد بالرديء صحيح اتفاقًا، فأما عندهما فإنه يضمن قيمته، وتكون رهنًا مكانه، ويرجع بالدين. (غن)

(١٥) لأنه يبطل حق المرتهن في الجودة، فيتضرر به. (ك)

(١٦) أى لا وجه إلى الاستيفاء باعتبار إلخ.

(١٧) قوله: "لأنه يؤدى إلى الربا" لأنه لو صار مستوفيًا من دينه ثمانية اعتبارًا للقيمة لصار مستوفيًا ثمانية بعشرة من حيث الوزن، فيكون ربا. (ك)

(١٨) قوله: "لينتقض القبض [أى قبض المرتهن في الهالك. ك]" لا يقال: بأن القبض قد انتقض لفوات المحل، وهو فعل حسي، فلا يتصور بدون المحل، لأنا نقول: القبض لا ينتقض إلا بالرد أو بالاستيفاء، ولم يوجد أحدهما، فيكون القبض باقيًا حكمًا، وإن فات المحل، فيصار إلى التضمين، بخلاف الجنس؛ ليتم القبض صورة ومعنى، فيكون معنى قوله في

وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها، واستيفاء الجيد بالرديء جائز[١] كما إذا تجوز به[٢]، وقد حصل الاستيفاء بالإجماع[٣]، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان، لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه[٤]، وبتعذر التضمين يتعذر النقض.

وقيل: هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت، ثم علم بالزيافة، وهو معروف[٥]، غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور؛ لأن محمداً فيها[٦] مع أبي حنيفة، وفي هذا[٧] مع أبي يوسف.

والفرق لمحمد[٨] أنه قبض الزيوف ليستوفي من عينها، والزيافة لا تمنع

الكتاب: لينتقض القبض؛ ليكمل ويتم القبض. (ك)

(١٩) قوله: "ويجعل [الضمان] مكانه [القيمة].

(٢٠) قوله: "ثم يتملكه" أي ثم يفتكه الراهن بقضاء الدين فيتملكه، أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الأول. (ك)

(١) قوله: "واستيفاء الجيد إلخ" أي استيفاء شخص جيده بواسطة استيفاء الرديء مكانه. (أعظمي)

(٢) قوله: "كما إذا تجوز [في بدل الصرف والسلم. (ن) التجوّز: هو المسامحة في الاستيفاء. غن] به" إنما يستعمل فيما إذا أخذ الرديء مكان الجيد، ووضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرة قيمة إبريق، هي أقل من العشرة لرداءته. (ن)

قوله: "تجوّز" تجوز في هذا، آسان فرا گرفت آنرا وچشم پوشی كرد، وتجوز الدرهم قبول كرد درمها را بآنكه مشوش بودند. (من)

(٣) قوله: "وقد حصل الاستيفاء إلخ" لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء، ولا ينتقض إلا بالرد، والفرض عدمه، ولا يمكن إلخ. (عناية)

قوله: "وقد حصل الاستيفاء إلخ" لأنه من جنس حقه، وقد قبضه على وجه الاستيفاء، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان؛ لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، ولا مطالب ههنا؛ لأنه لو كان إما أن يكون هو الراهن أو المرتهن، ولا يجوز أن يكون الراهن هو المطالب للنقض بعد قضاء دينه بالرديء؛ لأن ذلك يضره ولا ينفعه، ولا يجوز أن يكون هو المرتهن؛ لأن المرتهن مطالب، فلا يصح أن يكون مطالبا للتدافع. (ك)

(٤) قوله: "وكذا الإنسان إلخ" يعني لا يمكن أن يقال أيضاً: إن المرتهن يضمن؛ لأنه صار مستوفياً بالهلاك، فصار المستوفى ملكاً له، ومن المحال أن يضمن الإنسان ملك نفسه، ولما تعذر التضمين تعذر النقض. (ك)

(٥) قوله: "وهو [أي حكم هذه المسألة المتفرعة عليها] معروف" فإنه يسقط دينه، ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يضمن مثل ما قبض، ويأخذ مثل حقه.

وقول محمد أولا كقول أبي حنيفة، وآخراً كقول أبي يوسف، كذا ذكره عيسى بن أبان، والأصح أن هذه المسألة مبتدأ؛ لأن محمداً مع أبي حنيفة في تلك المسألة في المشهور، ومع أبي يوسف في هذه المسألة. (ك)

(٦) أي في المسألة المتفرعة عليها.

(٧) أي في المتفرع، وهو مسألة الرهن.

(٨) قوله: "والفرق لمحمد" أي على تقدير أن تكون هذه المسألة بناءً على تلك المسألة، وهي مسألة "الجامع"، أنه أي رب الدين قبض الزيوف؛ ليستوفي دينه من عينها أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين، والزيافة لا تمنع الاستيفاء. وقد تم بالهلاك، والمرتهن قبض الرهن؛ ليستوفي دينه من محل آخر، فكان قابلا لرده بالضمان مثل حقه،

الاستيفاء[١]، وقد تم بالهلاك، وقبض الرهن؛ ليستوفى من محل آخر[٢]، فلا بد من نقض القبض، وقد أمكن عنده[٣] بالتضمين[٤].

ولو انكسر الإبريق[٥]، ففى الوجه الأول، وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجبر[٦] على الفكاك[٧]؛ لأنه لا وجه[٨] إلى أن يذهب شيء من الدين[٩]؛ لأنه[١٠] يصير قاضيًا دينه[١١] بالجودة[١٢] على الانفراد، ولا[١٣] إلى أن يفتكّه مع النقصان[١٤]؛ لما فيه[١٥] من الضرر[١٦]، فخيرناه[١٧] إن شاء افتكّه بما فيه[١٨]، وإن شاء ضمنه[١٩] قيمته[٢٠] من جنسه، أو خلاف جنسه، وتكون[٢١]

فينتقض القبض. ووجه البناء ما قيل: إن الزيوف مقبوضة للاستيفاء، فتكون بمنزلة المقبوض بحقيقة الاستيفاء، وهناك المستوفى إذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه، ولا يرجع بشيء عند أبى حنيفة لمكان الجودة، فكذا فى الرهن.

وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى، ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه فى الجودة، فكذلك فى الرهن. (ع)

قوله: "والفرق لمحمد" أى على تقدير أن لا تكون هذه المسألة بناءً على تلك المسألة، هو مقتضى الرواية المشهورة فيها، بل كانت مسألة مبتدأة كما هو الأصح على ما ذكره شيخ الإسلام فى "مبسوطه"، ونقل عنه عامة المشايخ ههنا. (نت)

(١) فإن الزيف من جنس الحق. (غن)

(٢) لا من عين الرهن.

(٣) محمد.

(٤) أى بتضمين المرتهن قيمته. (غن)

(٥) قوله: "ولو انكسر الإبريق إلخ" كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن، وههنا من حيث انكساره. (ع)

(٦) الراهن. (عناية)

(٧) قوله: "على الفكاك [أى على فك الرهن بأداء الدين إلى المرتهن. غن]" الفكاك -بالفتح- كسحاب وبكسر: آنچه گرو را بوى بيرون آرند. (من)

(٨) قوله: "لأنه لا وجه إلخ" أى لأنه لو أجبر عليه، فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين، أو مع كماله، وهو نقصان من جهة الرهن، ولا وجه إلى الأول؛ لأنه أى المرتهن يصير قابضًا دينه بالجودة على الانفراد، فإنه لم ينقص من الدين إلا فى مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر، وذلك ربا، ولا إلى الثانى لما فيه من الضرر بالراهن؛ لأن المرتهن قبض الرهن سليمًا عن العيب، وبالانكسار صار معيبًا، فيصل إليه حقه ناقصًا إذا لم يسقط شيء من دينه، وذلك ضرر لا محالة، فخيرناه إلخ . (عناية)

(٩) أى دين المرتهن.

(١٠) أى لأن الراهن.

(١١) مرتهن.

(١٢) أى بالصياغة (ك)، والجودة لا قيمة لها عند الانفراد. (غن)

(١٣) أى لا وجه إلى أن إلخ .

(١٤) أى مع نقصان الإبريق، وبقاء كل الدين.

(١٥) قوله: "لما فيه" أى فى الانفكاك مع النقصان من الضرر بالراهن؛ لأنه يفوت حقه بالجودة. (غن)

(١٦) أى بالراهن. (ك)

(١٧) راهن.

(١٨) قوله: "إن شاء افتكّه [الراهن ناقصًا] بما [أى بالدين الذى فى المكسورة، وهو جميع الدين] فيه" أى افتكّ

رهنًا عند المرتهن، والمكسور للمرتهن بالضمان.

وعند محمد إن شاء افتكّه[1] ناقصًا، وإن شاء جعله بالدين[2] اعتبارًا[3] لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وهذا لأنه لما تعذر[4] الفكاك مجانًا[5]، صار[6] بمنزلة الهلاك[7]، وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالإجماع، فكذا فيما هو في معناه.

قلنا: الاستيفاء عند الهلاك بالمالية[8]، وطريقه[9] أن يكون[10] مضمونًا بالقيمة، ثم تقع المقاصة[11]، وفي جعله بالدين إغلاق الرهن[12]، وهو حكم جاهلي[13]، فكان التضمين بالقيمة[14].

وفي الوجه الثالث[15]: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية[16]،

الراهن الإبريق المنكسر ناقصًا كما هو بالدين الذي هو مرهون فيه، يعني بجميع الدين، معناه: أن الراهن يفكّ رهنه أن يخلصه بأداء جميع الدين إلى المرتهن. (غن)

(١٩) مرتهن.

(٢٠) أي قيمة الإبريق المنكسرة. (غن)

(٢١) قيمته.

(١) راهن.

(٢) فيصير ملكًا للمرتهن، ويذهب الدين. (غن)

(٣) أي قياسًا.

(٤) قوله: "لما تعذر" لما تقدم أنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين، ولا إلى أن يفتكّه مع النقصان، بقي أن يفتكّه مجانًا، وهو متعذر، فصار بمنزلة إلخ. (ع)

(٥) رائيگان.

(٦) في تعذرالانفكاك. (ع)

(٧) أي هلاك الراهن.

(٨) أي هلاك الراهن. (عناية)

(٩) قوله: "وطريقه إلخ" أي طريق صيرروته مضمونًا بالدين أن يجعل مضمونًا بالقيمة بقدر الدين؛ لأنه عقد استيفاء، وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار أن يجعل مضمونًا بالقيمة عليه، ثم يقع المقاصة بين ما له وما عليه، فكذا في الاستيفاء الحكمي، وجعله مضمونًا بالدين في حال قيام الرهن يؤدي إلى إغلاق الرهن، وأنه حكم جاهلي مردود في الشرع، فصرنا إلى التضمين بالقيمة؛ لأنه لا يؤدي إلى الإغلاق لانتقال حكم الرهن إلى مثله. (ك)

(١٠) الرهن لفوات عينه. (ع)

(١١) وهو مشروع، بين الدينين. (عناية)

(١٢) قوله: "إغلاق الرهن [هو أن يبقى في يد المرتهن، ولم يقدر على تخليصه. غن]" وهو الاحتباس الكلي، بأن يصير الرهن مملوكًا للمرتهن. (عناية)

(١٣) مردود شرعًا.

(١٤) في عبارته تسامح، والحق فكان التضمين بالقيمة واجبًا، أو صوابًا. (ع)

(١٥) قوله: "وفي الوجه الثالث إلخ" إنما قدم الوجه الثالث على الوجه الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة، فيه طول. (ع)

يضمن[١] قيمته جيداً من خلاف جنسه[٢]، أو رديئًا من جنسه، وتكون[٣] رهنًا عنده[٤]، وهذا بالاتفاق. أما عندهما فظاهر[٥]، وكذلك عند محمد؛ لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك، والهلاك عنده بالقيمة[٦].

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه[٧] اثنى عشر عند أبي حنيفة يضمن[٨] جميع قيمته، وتكون[٩] رهنًا عنده؛ لأن العبرة[١٠] للوزن عنده[١١] لا للجودة والرداءة، فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونًا[١٢]، يُجعل كله مضمونًا، وإن كان بعضه[١٣] فبعضه[١٤]، وهذا لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضمونًا استحال أن يكون التابع أمانة[١٥]. وعند أبي يوسف: يضمن[١٦] خمسة[١٧] أسداس

---

(١٦) قوله: "أقل من وزنه" بأن يكون الوزن عشرة كالدين، وقيمته ثمانية لوجود غش فيه. (عناية)

(١) مرتهن.

(٢) تحرزاً عن الربا. (كف)

(٣) القيمة.

(٤) مرتهن.

(٥) قوله: "فظاهر [كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار. ع]" لأن حالة الانكسار حالة التضمين بالقيمة بكل حال. (كف)

(٦) قوله: "والهلاك [فيما إذا كانت قيمته أقل من وزنه. ك] عنده [محمد] إلخ" فعنده في هذا الوجه لو هلك يضمن المرتهن قيمته، ولا يصير مستوفيًا لمكان الربا، أو للضرر، فكذا إذا انكسر. (كف)

(٧) بأن كان وزنه عشرة كالدين، وقيمته أكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصناعة فيه. (عناية)

(٨) مرتهن.

(٩) القيمة.

(١٠) في الأموال الربوية.

(١١) إمام.

(١٢) قوله: "فإن كان إلخ" أي فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونًا، كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين، جعل الرهن كله مضمونًا من حيث القيمة. (عناية)

(١٣) قوله: "وإن كان بعضه إلخ" يعني إن كان بعض الرهن مضمونًا، لا الزائد عليه، وهو فيما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين، فحينئذ ينقسم الجودة على المضمون والأمانة، فما كان بمقابلة المضمون يكون مضمونًا، وما كان بمقابلة الأمانة يكون أمانة، وفي مسألتنا: كان كله مضمونًا؛ لأن وزن الرهن مثل وزن الدين، فكان كله مضمونًا؛ لئلا يكون حكم التابع مخالفا لحكم الأصل. (ن)

(١٤) أي فبعضه مضمون، وهو مقدار الدين لا الزائد عليه. (عناية)

(١٥) قوله: "استحال [لأن التابع لا يخالف الأصل. غن] إلخ" والفرق بين حالة الهلاك وحالة الانكسار، إن حالة الهلاك حالة الاستيفاء، فيقع الفضل أمانة، وهذه الحالة ليست كذلك عنده، بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضاء الرهن، فيكون مضمونًا بالقيمة كالمغصوب، لكن بخلاف جنسه. (عناية)

(١٦) قوله: "يضمن [المرتهن] إلخ" يصير خمسة أسداس الإبريق مضمونًا لجودته وصنعته، وسدسه أمانة، فالتغير

قيمته[١]، وتكون خمسةُ أسداس[٢] الإبريق[٣] له[٤] بالضمان وسدسه يفرز[٥]، حتى لا يبقى الرهن شائعًا[٦]، ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنًا، فعنده[٧] تعتبر الجودة والرداءة، وتجعل زيادة[٨] القيمة كزيادة الوزن، كأن وزنه اثنى عشر. وهذا[٩] لأن الجودة[١٠] متقومة فى ذاتها[١١]، حتى تعتبر عند المقابلة، بخلاف جنسها، وفى تصرف المريض[١٢]، وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعًا[١٣]، فأمكن اعتبارها. وفى بيان قول محمد[١٤]: نوع طول[١٥]، يعرف فى موضعه من

بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر، وفيما هو مضمون يعتبر، وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده، فيضمن قيمته خمسة الأسداس من خلاف جنسه. (عناية)

(١٧) أى عشرة.

(١) إبريق.

(٢) قوله: "وتكون خمسة إلخ" طريق معرفة خمسة أسداس الإبريق أن ينقص من الوزن الذى هو عشرة سدسه، وهو درهم وثلثا درهم، فيبقى خمسة أسداسه، وهو ثمانية دراهم وثلث درهم، وذلك العشرة ستة أسداس. (غن)

(٣) المنكسر. (غن)

(٤) مرتهن.

(٥) أى يقطع.

(٦) قوله: "حتى لا يبقى [فإن الطارئ منه كالمقارن كما تقدم. ع] إلخ" لأن الشيوع الطارئ فى ظاهر الرواية كالشيوع المقارن لما مر، وعن أبى يوسف أن الشيوع الطارئ لا يمنع، فلا يحتاج إلى التمييز. (ك)

(٧) أبى يوسف.

(٨) بالجودة. (عناية)

(٩) أى اعتبار الجودة.

(١٠) فالجودة والصناعة كعين مال قائم. (ك)

(١١) فإنه عبارة عن كمال المالية.

(١٢) قوله: "وفى تصرف المريض" فإنه لو باع مائة من الجيد بمائة من الردىء الذى قيمته خمسون لا يعتبر من جميع المال، بل من الثلث، ولو لم يكن للجودة اعتبار لاعتبر من الجميع، كما فى البيع الخالى من المحاباة. (ك)

(١٣) فإن الشارع جعل المساواة فى الذات شرطًا، وأهدر الجودة والرداءة.

(١٤) قوله: "وفى بيان قول محمد إلخ" عند محمد أن النقص بالانكسار إن كان درهمًا أو درهمين، يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين، وإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين، وهذا لأن الوزن مضمون، والجودة أمانة للمناسبة؛ لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه، وصفة الأمانة فى المرهون كذلك، فيجعل الأصل فى مقابلة الأصل، والتبع فى مقابلة التبع، وإذا ظهر ذلك، فإن زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان فى المضمون، وهو العشرة بالانكسار، والانكسار عنده كالهلاك، وفى هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيًا دينه، فكذلك عند الانكسار يكون مضمونًا بالدين، ويخير الراهن كما ذكرنا.

وإن لم يزد على الدرهمين، وقع النقصان فى الأمانة، فالرهن المضمون باقٍ على حالة الرهن، فيجبر الراهن على الفكاك، كأنه لم ينقص منه شيء. واعلم أن الدرهم، أو الدرهمين ليس بحد فاصل فى ذلك، وإنما الفاصل النقصان بقدر الصياغة كائنًا ما كان، وإنما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة فى المسألة المفروضة كذلك. (ع)

"المبسوط" و"الزيادات" مع جميع شعبها[١].

قال[٢]: ومن باع عبدًا على أن يرهنه المشترى[٣] شيئًا بعينه جاز استحسانًا[٤]، والقياس أن لا يجوز.

وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئًا على أن يعطيه[٥] كفيلا[٦] معينًا حاضرًا فى المجلس فقبل[٧]، وجه القياس أنه صفقة فى صفقة، وهو منهى عنه*، ولأنه[٨] شرط لا يقتضيه العقد[٩]، وفيه منفعة لأحدهما[١٠]، ومثله يفسد البيع. وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق[١١]، وإنه يلائم الوجوب[١٢]، فإذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس والرهن معينًا، اعتبرنا فيه المعنى[١٣]، وهو ملائم، فصح العقد، وإذا لم يكن الرهن[١٤]، ولا الكفيل معينًا، أو كان الكفيل غائبًا حتى افترقا، لم يبقَ معنى الكفالة، والرهن

---

(١٥) قوله: "نوع طول إلخ" إنما لم يذكر صاحب "الهداية" بيان قول محمد مع ما ذكر أن فيه طولا، يعرف فى "المبسوط" و"الزيادات" هضما لنفسه، واعترافه بأن كتابه لم يحو جميع البيان، وفوق بيانه بيان آخر، يعرف ذلك فى كتب المتقدمين. (غن)

(١) شعبة شاخ. (من). وشعبها ستة وعشرون فصلا ذكرت مفصلة فى "غاية البيان".

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) بالثمن.

(٤) ولو لم يكن معينًا كان العقد فاسدًا قياسًا واستحسانًا. (ك)

(٥) المشترى.

(٦) بالثمن.

(٧) أى الكفيل الكفالة. (ك)

* انظر فى نصب الراية ج٤ ص٣٢٣ تحت "باب ما يجوز ارتهانه"، وراجع الدراية ج٢ ص٢٥٩ تحت، الحديث١٠٠٣. (نعيم)

(٨) أى لأن رهن شىء بعينه، وكذا الكفالة.

(٩) قوله: "لا يقتضيه إلخ" لأن ما يقتضيه العقد يجب بالعقد بدون الشرط، كتسليم المبيع على البائع، أو تسليم الثمن على المشترى. (ك)

(١٠) أى البائع. (ك) عاقدين.

(١١) قوله: "لأن الكفالة إلخ" أى لأن المقصود بالكفالة والرهن التوثيق بالثمن، فاشتراطها فى معنى اشتراط زيادة وصف الجودة فى الثمن. (ك)

(١٢) أى وجوب الثمن.

(١٣) قوله: "اعتبرنا فيه المعنى [أى معنى الشرط]" أى معنى الشرط الذى هو الاستيثاق، وهو أى هذا المعنى الذى هو الاستيثاق ملائم أى ملائم للعقد؛ لكونه مؤكدا موجب العقد، فيصح العقد. (نت)

(١٤) المرهون.

للجهالة[١]، فبقى الاعتبار لعينه[٢] فيفسد[٣]، ولو كان[٤] غائبًا[٥]، فحضر فى المجلس وقبل صح.

ولو امتنع المشترى[٦] عن تسليم الرهن لم يجبر عليه، وقال زفر: يجبر؛ لأن الرهن إذا شرط فى البيع صار حقًا من حقوقه[٧]، كالوكالة المشروطة فى الرهن[٨]، فيلزمه[٩] بلزومه، ونحن نقول: الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه، ولا جبر على التبرعات[١٠]، ولكن البائع بالخيار، إن شاء رضى بترك الرهن، وإن شاء فسخ البيع؛ لأنه[١١] وصف مرغوب فيه، وما[١٢] رضى[١٣] إلا به[١٤]، فيتخير[١٥] بفواته، إلا أن يدفع المشترى الثمن حالا[١٦]؛ لحصول المقصود[١٧]، أو يدفع

---

(١) قوله: "للجهالة" أقول: فيه شيء، وهو أن التعليل بقوله: للجهالة لا يفيد تمام المدعى، فإنه إنما يتمشى فيما إذا لم يكن الرهن والكفيل معينًا، لا فيما إذا كان الكفيل غائبًا، إذا الغيبة لا تقتضى الجهالة؛ لجواز أن يكون معلومًا معينًا، ولا يكون حاضرًا فى المجلس، فالحق فى تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبًا أن يقال: لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره، ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله، ولو كان غائبًا فحضر فى المجلس، وقبل صح. (نت)

(٢) قوله: "فبقى الاعتبار لعينه [أى لعين الشرط لا لمعناه]" لأنه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة؛ لأنه لما كان مجهولا، يكون المشترى بسبيل من أن يرهن شيئًا يساوى عشر حقه، أو يعطى كفيلا غير المعين، وليس فيه من التوثيق شىء، فبقيت العبرة لعينه، وإنه إدخال صفقة فى صفقة، فيفسد به العقد. (ك)

(٣) العقد.

(٤) الكفيل.

(٥) وقت العقد.

(٦) بعد الشرط.

(٧) أى الرهن ثبت فى ضمن عقد لازم، وهو البيع، فيصير الوفاء به مستحقًا. (ك)

(٨) قوله: "كالوكالة المشروطة" أى كما إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع المرهون عند حلول الدين، فالوكالة لازمة، ولا يملك الراهن عزله عنها. (ك)

(٩) رهن.

(١٠) قوله: "ولا جبر على التبرعات" وإنما صار حقا من حقوقه إذا وجد، ولم يوجد بعد، والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن؛ ولو رهنه لا يلزم مالم يسلم، فلأن لا يصير لازما بالوعد أولى. (كف)

(١١) رهن.

(١٢) نافية.

(١٣) البائع.

(١٤) رهن.

(١٥) البائع.

(١٦) فحينئذ لا خيار للبائع.

(١٧) وهو استيفاء الحق.

قيمة الرهن رهنًا[(١)]؛ لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى، وهو القيمة.

قال[(٢)]: ومن اشترى ثوبًا بدراهم، فقال للبائع: أمسك هذا الثوب[(٣)] حتى أعطيك الثمن، فالثوب رهن؛ لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن، وهو الحبس إلى وقت الإعطاء، والعبرة في العقود للمعاني، حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة في ضد ذلك كفالة[(٤)]. وقال زفر: لا يكون رهنًا، ومثله عن أبي يوسف؛ لأن قوله: أمسك يحتمل الرهن، ويحتمل الإيداع، والثاني أقلهما[(٥)]، فيقضي[(٦)] بثبوته[(٧)]. بخلاف ما إذا قال[(٨)]: أمسكه بدينك، أو بمالك؛ لأنه لما قابله بالدين، فقد عين جهة الرهن، قلنا: لما مدّه[(٩)] إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن.

فصل[(١٠)]

ومن رهن عبدين بألف[(١١)]، فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين، وحصة كل واحد منهما[(١٢)] ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما، وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين، فيكون[(١٣)] محبوسًا بكل جزء من أجزاءه[(١٤)] مبالغة في حمله[(١٥)] على قضاء الدين، وصار كالمبيع في يد البائع[(١٦)]، فإن سمى لكل

---

(١) قوله: "أو يدفع [المشتري] إلخ" وفي بعض الفوائد، المراد بالقيمة الدراهم والدنانير؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه، وكأنها هو، أما إذا أراد أن يرهن مكانه عينًا آخر، فحينئذ يحتاج إلى رضاء المرتهن. (ك)

(٢) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٣) قوله: "هذا الثوب" لا تفاوت بين أن يشير لقوله هذا الثوب إلى ثوب آخر، أو ثوب اشتراه وقبضه؛ لأن الثوب لما اشتراه، وقبضه، كان هو وسائر الأعيان المملوكة سواء في صحة الرهن. (ك)

(٤) أي بشرط مطالبة الأصيل. (ك)

(٥) لأنه غير مضمون.

(٦) ما لم يقم الدليل على إرادة الأكثر. (غن)

(٧) الأقل.

(٨) حيث يكون رهنًا بالإجماع. (كف)

(٩) قوله: "لما مده" أي مد إمساك الثوب إلى وقت إعطاء الثمن، علم أن مراده الرهن؛ لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك، فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن، وذلك؛ لأن التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه، فكأنه قيل: رهنتك بالثمن، ألا ترى أنه لو قال: ملكتك هذا الثوب بعشرة، كان هذا وقوله: بعتك بالعشرة سواء. (ك)

(١٠) قوله: "فصل" لما ذكر حكم رهن الواحد شرع في بيان الرهن، أو الراهن، أو المرتهن إذا كان اثنين؛ لأن الواحد قبل الاثنين. (غن)

(١١) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غاية البيان)

(١٢) هذا قول صاحب "الهداية".

(١٣) الرهن.

(١٤) دين.

واحد من أعيان الرهن شيئًا من المال الذى رهنه به[١]، فكذا الجواب فى رواية الأصل[٢]، وفى "الزيادات" له[٣] أن يقبضه[٤] إذا أدى ما سمّى له.

وجه الأول[٥]: أن العقد متحد[٦]، لا يتفرق بتفرق التسمية كما فى المبيع.

وجه الثانى[٧]: أنه لا حاجة إلى الاتحاد[٨]؛ لأن أحد العقدين لا يصير مشروطًا فى الآخر، ألا يرى[٩] أنه لو قبل[١٠] الرهن فى أحدهما جاز.

قال[١١]: فإن رهن عينًا واحدة عند رجلين بدين، لكل واحد منهما عليه جاز، وجميعها رهن[١٢] عند كل واحد منهما؛ لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة

---

(١٥) قوله: "مبالغة فى حمله [راهن]" فإن قصد المرتهن إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، فلو تفرد الراهن بالتفريق يأخذ ما يحتاج إليه، ويتكاسل فى قضاء الباقى، فلا يحصل المقصود. (عناية)

(١٦) قوله: "وصار كالمبيع إلخ" أى إذا نقد المشترى بعض الثمن، وأراد أن يأخذ بعض المبيع لا يملك ذلك، فكذا ههنا، والجامع أن كل واحد من المبيع والمرهون محبوس بكل الدين والثمن، فيكون محبوسًا بكل جزء من أجزاءهما؛ ليكون حاملا على قضاءهما. (كف)

(١) قوله: "فإن سمّى إلخ" بأن قال رهنتك هذين العبدين، وكل واحد منهما بخمس مائة، وسلمهما إليه، ثم نقد خمس مائة، وقال أديت عن هذا العبد، وأراد أن يأخذ ذلك العبد، فكذا الجواب فى رواية الأصل، أى لم يكن له ذلك. (ك)

(٢) مبسوط.

(٣) وهو الأصح. (ك)

(٤) أى أحدهما.

(٥) أى رواية الأصل. (غن)

(٦) قوله: "أن العقد متحد" يعنى أنه عقد واحد، وليس بعقدين؛ لاتحاد الإيجاب والقبول، والتفصيل فى الدين لا يجعله فى معنى عقدين كالبيع المضاف إلى المحلين لا يكون بيعين عند تفصيل الثمن، حتى لو أراد المشترى أن يقبل العقد فى أحد هما دون الآخر لم يصح، فكذا فى الرهن؛ لأن الدين فى الرهن كالثمن فى البيع؛ لتعلق الرهن به. (غن)

(٧) أى رواية "الزيادات". (غاية البيان)

(٨) قوله: "لا حاجة إلخ" يعنى أن البيع لا يتفرق بتفرق التسمية عند اتحاد العاقدين، والرهن يتفرق؛ ولهذا لو قبل المشترى البيع فى أحدهما دون الآخر لا يصح، ولو قبل المرتهن العقد فى أحدهما عند تفرق التسمية صح، وإنما افترقا؛ لأن ضم الردىء إلى الجيد متعارف فى البيع، فلو تفرق البيع بتفرق التسمية صح، وكان للمشترى أن يقبل فى أحدهما، فيقبل الجيد، فيتضرر به البائع. ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لا يتضرربه الراهن؛ لأن الحكم لا يتفاوت فى ذلك، إذ هو مضمون بما قابله من الدين، سواء كان وحده أو مع غيره، ولأن فى البيع إذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة يصير الثانية شرطا فى الأول، وهو شرط فاسد، والبيع يفسد به، أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد؛ لأنه تبرع كالهبة. (كفاية)

(٩) قوله: "ألا يرى إلخ" توضيح لذلك، فإنه لما يتمكن المرتهن من تفريق القبول فى الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض فى الانتهاء. (عناية للشيخ أكمل الدين رحمه الله تعالى)

(١٠) المرتهن.

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: "وجميعها [عين] رهن إلخ" فإن أدى الراهن إلى أحد المرتهنين ماله عليه، وأراد أن يقبض بعض الرهن، فليس له ذلك، وللمرتهن الآخر أن يمسك جميع الرهن، حتى يستوفى ماله عن الراهن. (مختصر كرخى)

واحدة، ولا شيوع فيه[١]، وموجبه صيرورته محتبسًا بالدين، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزئ، فصار[٢] محبوسًا[٣] بكل واحد منهما، وهذا بخلاف الهبة من رجلين[٤]، حيث لا تجوز عند أبي حنيفة[٥].

فإن تهايئا[٦]، فكل واحد منهما في نوبته كالعدل[٧] في حق الآخر، قال[٨]: والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين؛ لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيًا حصته، إذ الاستيفاء مما يتجزأ.

قال[٩]: فإن أعطى[١٠] أحدهما دينه كان كله رهنًا في يد الآخر[١١]؛ لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق، وعلى هذا حبس المبيع[١٢] إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن.

قال: وإن رهن رجلان[١٣] بدين عليهما[١٤] رجلا رهنا واحدًا[١٥]، فهو جائز،

---

(١) أي لا شيوع في المحل باعتبار تعدد المستحق. (كف)

(٢) قوله: "فصار إلخ" أي فصار محبوسًا بدين كل واحد منهما، وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقًا واحدًا من غير انقسام بينهما. (ك)

(٣) بالكمال.

(٤) قوله: "وهذا بخلاف الهبة إلخ" لأن موجب الهبة ثبوت الملك، والشيء الواحد يستحيل أن يكون كله مملوكًا لرجلين لكل واحد منهما على الكمال في زمان واحد، فدخل فيه الشيوع ضرورة، فأما حكم الرهن هو الحبس، والعين الواحدة يجوز أن تكون محبوسة بحق كل واحد منهما على الكمال، إذ لا تضايق في استحقاق الحبس لهما استحقاقًا واحدًا من غير انقسام بينهما. ألا ترى أن الرهن الواحد لا ينقسم على أجزاء الدين، بل يكون محبوسًا كله بكله، وبكل جزء منه، فكذا ههنا يكون العين محبوسة بحقهما، وبحق كل واحد منهما، فلا يدخل فيه الشيوع. (ك)

(٥) وقالا: يصح؛ لأن هذه هبة الجملة منهما، إذا التمليك واحد، فلا يتحقق الشيوع. (نت)

(٦) فأمسك هذا يومًا، وآخر يومًا. (غن)

(٧) العدل اسم لمن رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده. (كف)، يشير إلى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن. (ع)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٠) الراهن.

(١١) قوله: "كان كله رهنًا إلخ" قال في الشامل: ولو قضى دين أحدهما، ليس له أخذ شيء منه؛ لما عرف أنه رهن عند كل واحد بتمامه، فإن هلك عنده بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه، كما لو كان واحدًا. (غن)

(١٢) قوله: "وعلى هذا حبس إلخ" إذا اشترى رجلان من رجل، فأدى أحدهما حصته، لم يكن له أن يقبض شيئًا، فكان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما على الآخر. (ك)

(١٣) قوله: "وإن رهن" هذه المسألة ليست مذكورة في "الجامع الصغير" و"مختصر القدوري"، وإنما ذكرها الكرخي في "مختصره". (غاية البيان)

(١٤) في صفقة واحدة، أو كان على كل واحد منهما دين على حدة. (غن)

والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين؛ لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع.

فإن أقام الرجلان[١] كل واحد منهما البينة على رجل، أنه رهنه عبده الذى فى يده[٢]، وقبضه، فهو باطل؛ لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد، ولا وجه إلى القضاء؛ لكل واحد منهما بالكل؛ لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنًا لهذا، وكله رهنًا لذلك فى حالة واحدة، ولا إلى القضاء[٣] بكله لواحد بعينه؛ لعدم الأولوية، ولا إلى القضاء[٤] لكل واحد منهما بالنصف؛ لأنه يؤدى إلى الشيوع، فتعذر العمل بهما[٥]، وتعين التهاتر[٦]، ولا يقال أنه يكون رهنًا لهما[٧]، كأنهما ارتهناه معًا، إذ جهل التاريخ بينهما[٨].

وجعل فى كتاب الشهادات[٩]، هذا وجه الاستحسان؛ لأنا نقول: هذا[١٠] عمل على خلاف ما اقتضته الحجة[١١]؛ لأن كلا منهما أثبت[١٢] ببينته حبسا يكون وسيلة إلى مثله فى الاستيفاء، وبهذا[١٣] القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره

---

(١٥) وهو عبد مثلا.

(١) قوله: "فإن أقام [هذه مسألة "الجامع الصغير". غن] إلخ" صورة المسألة رجل فى يده عبد، فأدعاه رجلان، كل واحد منهما يقول لذى اليد: قد رهنتني بألف درهم، وقبضته منك، ثم أخذت مني بطريق العارية، أو الغصب، وأقاما البينة على ما ادعيا، فهو باطل. (ك)

(٢) قوله: "الذى فى يده" وجملة الوجوه أن العبد إما أن يكون فى أيديهما، أو فى يد أحدهما، أو لا فى يد أحدهما، فإن كان فى يد أحدهما، فهو أولى به؛ لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده، كما فى الشراء، وقد تقدم، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأول، فإنه صريح فى السبق، وهو يفوق الدلالة، فإن لم يكن فى يد واحد منهما، فهو المذكور فى الكتاب، وإن كان فى أيديهما، فإن علم الأول منهما، فهو أولى، وإن لم يعلم ففيه التهاتر. (مل)

(٣) أى لا وجه إلى إلخ.

(٤) أى لا وجه إلى إلخ.

(٥) أى بينتهما.

(٦) قوله: "التهاتر" تهاتر يك ديگر را تكذيب كردن، منه التهاتر للشهادات التى يكذب بعضها بعضًا. (من)

(٧) قوله: "أنه [عبد] يكون رهنًا لهما إلخ" أى أنه يجوز أن يكون الشيء رهنًا عند رجلين، فيكون لكل واحد منهما نصفه بنصف حقه. (غن)

(٨) وأصله الغرقى والحرقى والهدمى. (ك)

(٩) قوله: "وجعل إلخ" قال الفقيه ابو الليث فى "شرح الجامع الصغير": قال فى كتاب الشهادات: إن الرهن فى القياس باطل، وفى الاستحسان جائز، بالقياس نأخذ. (غن)

(١٠) أى كونه رهنًا لهما.

(١١) أى البينة.

(١٢) لنفسه. (ك)

في الاستيفاء، وليس هذا عملا على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن[1] كان قياسًا، لكن محمدًا أخذ به[2] لقوته[3]، وإذا وقع[4] باطلا، فلو هلك يهلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له.

قال[5]: ولو مات الراهن والعبد في أيديهما، فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا[6]، كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنًا يبيعه بحقه استحسانًا، وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي القياس هذا باطل، وهو قول أبي يوسف؛ لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي[7]؛ لعقد الرهن، فيكون القضاء به[8] قضاء بعقد الرهن، وإنه باطل للشيوع، كما في حالة الحياة.

وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته[9]، وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة الحبس، والشيوع يضره، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين، والشيوع لا يضره، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة[10]، أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة، تهاترت[11] في حالة الحياة، ويقضى[12] بالميراث بينهم بعد

---

(١٣) قوله: "وبهذا [أي بالقضاء بجعله مرهونًا من اثنين. غن] القضاء إلخ" أي لو جعلناه كالرهن من اثنين، لقضيناه بكل واحد منهما بحبس هو طريق إلى شطره، والحكم بخلاف الحجة باطل. (كف)

(١) الواو وصلية.

(٢) في الأصل.

(٣) قوله: "لقوته" ووجه الاستحسان ضعيف؛ لأن ذلك عمل على خلاف ما قامت به البينة. (ك)

(٤) قوله: "وإذا وقع [الرهن]" هذا إذا كان الرهن في أيديهما فهلك، فالمصنف وإن وضع المسألة فيما إذا كان الرهن في يد الراهن، لكن لما كان حكم ما إذا كان الرهن في أيديهما مثله، ذكر هذا الفرع بناء عليه، هكذا في بعض الحواشي.

(٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٦) أي يكون نصف العبد رهنًا لهذا، ونصفه رهنًا لهذا. (غن)

(٧) مقصود. (غن)

(٨) أي بالحبس للاستيفاء. (غن)

(٩) قوله: "أن العقد [أي عقد الرهن] إلخ" يعني أن المقصود بعد موت الراهن إثبات الاختصاص، وهو كونه أحق به من سائر الغرماء دون الحبس، وكل واحد منهما أثبت لنفسه الاختصاص بالعين، حتى يباع له في دينه، وهذا مما يحتمل الشركة، فيقضى لكل واحد منهما بالنصف، فأما في حالة الحياة، فالمقصود هو الحبس، وذا مما لا يحتمل الشركة في العين، إذ الشائع لا يدوم حبسه. (ك)

(١٠) قوله: "كما إذا ادعى الرجلان إلخ" أي أن الرجلين لو أقام كل واحد منهما على امرأة أنه تزوجها، ولم تكن المرأة في بيت واحد منهما، لا يقبل شهادته، ولو أقاما البينة بعد موتها قبلت بينتهما، وكذلك إذا ادعت أختان، كل واحدة منهما نكاحا من رجل واحد، وأقاما البينة، إن كان في حال الحياة، لا يقضى لهما، وبعد الممات يقبل البينة؛ لأن المقصود في حال الحياة الحل، وهو لا يحتمل الشركة، وبعد الموت المقصود الميراث، وهو مال يحتمل الشركة. (غن)

الممات؛ لأنه[١] يقبل الانقسام، والله أعلم.

باب الرهن[٢] الذى يوضع على يد العدل[٣]

قال[٤]: وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز، وقال مالك: لايجوز[٥]، ذكر قوله فى بعض النسخ[٦]: لأن يد العدل يد المالك، ولهذا[٧] يرجع العدل عليه[٨] عند الاستحقاق، فانعدم القبض[٩].

ولنا أن يده على الصورة يد المالك فى الحفظ[١٠]؛ إذ العين أمانة[١١]، وفى حق المالية يد المرتهن؛ لأن يده يد ضمان[١٢]، والمضمون هوا المالية، فنزل منزلة الشخصين تحقيقًا لما قصداه[١٣] من الرهن، وإنما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق؛ لأنه نائب عنه[١٤] فى حفظ العين كالمودع[١٥].

---

(١١) البينات.

(١٢) قوله: "ويقضى" فيقضى لكل واحد من الرجلين بنصف ميراث الزوج، ولكل واحد من الأختين بنصف ميراث النساء. (ك)

(١) الميراث.

(٢) قوله: "باب الرهن إلخ" لما ذكر حكم الرهن إذا كان فى يد المرتهن، ذكر حكمه إذا كان فى يد العدل، وهو الذى يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن فى يده، فإنه نائب عن المرتهن، والنائب يقفو المنوب. (غاية البيان)

(٣) قوله: "العدل" وليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه؛ لأنه مأمور بالحفظ فحسب. (حاكم شهيد)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "لا يجوز" صاحب "الهداية" قال فى أول الكتاب: وقال مالك: يلزم بنفس العقد، فإذا كان كذلك ينبغى أن لا يشترط قبض العدل أصلا، ويجوز أن يكون عن مالك روايتان فى اشتراط القبض فى الرهن. (غاية البيان)

(٦) قوله: "ذكر قوله فى بعض النسخ" الظاهر أن معناه أنه ذكر قول مالك فى بعض نسخ السلف دون البعض، كالمبسوطين وشرح الأقطع، فإنه ذكر فيها ابن أبى ليلى بدل مالك أو معناه، ذكر القدورى قوله فى بعض نسخه. (أعظمى)

قوله: "فى بعض النسخ" إشارة إلى أن فى بعضها ليس كذلك، فإنه ذكر فى "المبسوط"، وشرح الأقطع ابن أبى ليلى بدل مالك. (ع)

(٧) قوله: "ولهذا يرجع العدل إلخ" يعنى إذا هلك الرهن فى يد العدل، ثم استحق وضمن العدل قيمته، يرجع على الراهن بما ضمن، ولو لم يكن يده يد الراهن لم يرجع. (ع)

(٨) أى على الراهن دون المرتهن. (ك)

(٩) أى قبض المرتهن.

(١٠) قوله: "أن يده إلخ" يعنى أن قبض العدل كقبض المرتهن، فيتم به الرهن؛ وهذا لأن اليد فى باب الرهن على الصورة أمانة، وعلى المعنى مضمون، فكانت يده إلخ. (كفاية)

(١١) فى يد العدل.

(١٢) فإن قبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن فى حكم صحته، وضمانه بالدين إذا هلك. (غن)

(١٣) العاقدان.

قال[١] : وليس للمرتهن، ولا للراهن أن يأخذه منه ؛ لتعلق حق الراهن فى الحفظ[٢] بيده وأمانته، وتعلق حق المرتهن به[٣] استيفاء، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر، فلو هلك فى يده هلك[٤] فى ضمان المرتهن ؛ لأن يده فى حق المالية يد المرتهن، وهي المضمونة[٥].

ولو دفع العدل[٦] إلى الراهن أو المرتهن ضمن[٧] ؛ لأنه مودع الراهن فى حق العين، ومودع المرتهن فى حق المالية، وأحدهما أجنبى عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي.

وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما[٨]، وقد[٩] استهلكه المدفوع إليه[١٠]، أو هلك فى يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنًا فى يده ؛ لأنه يصير قاضيًا ومقتضيًا[١١]، وبينهما تنافٍ، لكن يتفقان[١٢] على أن يأخذاها[١٣] منه، ويجعلاها[١٤] رهنًا عنده، أو عند غيره.

وإن تعذر اجتماعهما[١٥]، يرفع أحدهما إلى القاضى[١٦] ؛ ليفعل[١٧] كذلك[١٨]

---

(١٤) قوله: "لأنه نائب عنه [المالك] إلخ" أى العدل فى حق العين نائب عن الراهن، وفى حق المالية نائب عن المرتهن، فكانت العبرة للعين؛ لأن العين هو الأصل، فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن. (ك)

(١٥) قوله: "كالمودع" إذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق يرجع إلى المودع؛ لأن يد المودع يد المودع. (ع)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى فى حفظ الرهن.

(٣) أى بالرهن.

(٤) فكأنه فى يد المرتهن. (غن)

(٥) أى يد المرتهن، بالأقل من قيمة الرهن ومن الدين. (غن)

(٦) وهذه من مسائل الأصل. (غن)

(٧) بالقيمة.

(٨) راهن ومرتهن.

(٩) الواو حالية.

(١٠) أى الراهن أو المرتهن.

(١١) قوله: "لأنه يصير قاضيًا [لما وجب عليه بالضمان. غن إلخ]" أى لأن القيمة وجبت دينًا فى ذمته، ولو جعلها رهنًا فى يده، صار الواحد قاضيًا ومقضيًا ما عليه، وبينهما تناف. (ك)

(١٢) عاقدان.

(١٣) قيمة.

(١٤) قيمة.

(١٥) راهن ومرتهن.

ولو فعل ذلك[١] ثم قضى الراهن بالدين، وقد[٢] ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن[٣]، فالقيمة سالمة له؛ لوصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن، فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد[٤].

وإن كان[٥] ضمنها[٦] بالدفع[٧] إلى المرتهن[٨]، فالراهن يأخذ القيمة منه[٩]؛ لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها[١٠] إذا أدى الدين، فكذلك يأخذ[١١] ما قام مقامها[١٢]، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل[١٣].

قال[١٤]: وإذا وكل الراهن المرتهن، أو العدل، أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول

---

(١٦) قوله: "يرفع أحدهما" -برفع الدال- أي يرفع الأمر إلى القاضي أحد هذين المذكورين، وهما الراهن والمرتهن، حتى يأخذ القيمة من العدل، ويضعها رهنًا عنده، وظن بعضهم أن أحدهما منصوب على معنى أن العدل يرفع أحدهما، وذلك ليس بشيء؛ لأن العدل هو الضامن للقيمة، فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضي. (غن)

(١٧) القاضي.

(١٨) أي يأخذ القيمة من يد العدل بالضمان منه، ثم يضعه رهنًا عنده. (غن)

(١) أي جعل القيمة في يد العدل. (عناية)

(٢) الواو حالية.

(٣) أي بدفع المرهون.

(٤) قوله: "فلا يجتمع البدل إلخ" فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد، فإن القيمة بدل الراهن من حيث العين في حق الراهن، وبدله من حيث المالية في حق المرتهن. (عناية)

(٥) العدل.

(٦) القيمة.

(٧) أي بدفع المرهون.

(٨) وقد أدى الراهن الدين إلى المرتهن.

(٩) قوله: "يأخذ إلخ" وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية، أو الوديعة، وهلك في يد المرتهن لا يرجع، وإن استهلك يرجع عليه، فإن العدل بأداء الضمان ملكه، وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه، فإن هلك في يده لم يضمن، وإن استهلك ضمن، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهنًا، بأن قال: هذا رهنك، خذه بحقك، وأحبسه بدينك، رجع العدل عليه بقيمته، استهلكه المرتهن، أو هلك عنده؛ لأنه دفع على وجه الضمان. (عناية)

(١٠) الراهن.

(١١) الراهن.

(١٢) عين.

(١٣) قوله: "ولا جمع فيه إلخ" بهذا اللفظ تحرز عن المسألة الأولى، وهي ما لو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن إلى الراهن، وهناك لو قضى الراهن دينه إلى المرتهن، ثم أراد أخذ القيمة من العدل، كان جامعًا بين البدل والمبدل؛ لأنه وصل إليه عين حقه، وهو الرهن أولا، ثم لو أخذ منه قيمته كان جامعًا بين البدل والمبدل، فلذلك لا يأخذ القيمة هناك، وأما ههنا فلا جمع. (ك)

الدين، فالوكالة جائزة؛ لأنه توكيل ببيع ماله(١).

وإن شرطت(٢) في عقد الرهن، فليس للراهن أن يعزل الوكيل(٣)، وإن عزله لم ينعزل؛ لأنها(٤) لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفًا من أوصافه، وحقًا من حقوقه، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة(٥)، فيلزم(٦) بلزوم أصله(٧)، ولأنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل إتواء(٨) حقه، وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي(٩).

ولو وكله(١٠) بالبيع مطلقًا، حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة، ثم نهاه(١١) عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه؛ لأنه لازم بأصله(١٢)، فكذا بوصفه(١٣)؛ لما ذكرنا(١٤)، وكذا إذا عزله(١٥) المرتهن لا ينعزل؛ لأنه لم يؤكله، وإنما وكله غيره(١٦).

وإن مات الراهن(١٧) لم ينعزل؛ لأن الرهن لا يبطل بموته(١٨)، ولأنه لو بطل إنما

---

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١) قوله: "لأنه توكيل إلخ" وهذا لأن الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء، وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء أوثق، فكان بالجواز أحق، نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط، لكنها إسقاط، والإسقاطات تقبل التعليق، وهذا لأنه كان ممنوعًا عن التصرف في هذه العين لحق المالك، فإذا وكله فقد أسقط حقه. (ك)

(٢) الوكالة.

(٣) يعني بدون رضى المرتهن. (عناية)

(٤) الوكالة.

(٥) قوله: "ألا ترى أنه [أي أن عقد الوكالة. غن] لزيادة الوثيقة" أي التوكيل لزيادة الوثيقة، والرهن وثيقة، فيكون التوكيل وصفًا من أوصاف الرهن، فيلزم بلزوم الرهن. (كفاية)

(٦) أي عقد الوكالة. (غن)

(٧) هو الرهن. (غن)

(٨) إتواء -بالكسر- هلاك كردن. (م)

(٩) قوله: "كالوكيل بالخصومة إلخ" إذا وكل المدعى عليه بالخصومة بطلب المدعي، لا يملك عزله بغير محضر من الخصم؛ لأنه تعلق به حق المدعي. (ك)

(١٠) أي المرتهن أو العدل أو غيرهما.

(١١) راهن.

(١٢) قوله: "لأنه لازم إلخ" أي لأن عقد الوكالة صار لازمًا بلزوم أصله؛ لكونه مشروطًا في عقد الرهن، فلزم أصله، فكذا لزم وصفه، وهو الإطلاق حيث لم يتقيد بالنقد بالنهي عن النسيئة. (غن)

(١٣) وهو الإطلاق. (عناية)

(١٤) من أنه صار حقًا من حقوقه.

(١٥) الوكيل.

(١٦) راهن.

(١٧) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غاية البيان)

يبطل لحق الورثة[١]، وحق المرتهن مقدم[٢].

قال[٣]: وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة[٤]، كما يبيعه في حال حياته[٥] بغير محضر منه[٦]، وإن مات المرتهن، فالوكيل على وكالته؛ لأن العقد[٧] لا يبطل بموتهما، ولا بموت أحدهما، فيبقى بحقوقه وأوصافه[٨].

وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة[٩]، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه؛ لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث، ولأن الموكل رضي برأيه، لا برأي غيره.

وعن أبي يوسف[١٠] أن وصي الوكيل يملك بيعه[١١]؛ لأن الوكالة لازمة[١٢]، فيملكه الوصي كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانًا، يملك وصي المضارب بيعها؛ لما أنه لازم[١٣] بعد ما صار أعيانًا[١٤].

قلنا: التوكيل حق لازم لكن عليه، والإرث يجري فيما له[١٥]، بخلاف المضاربة، لأنها حق المضارب.

وليس للمرتهن[١٦] أن يبيعه[١٧] إلا برضا الراهن؛ لأنه[١٨] ملكه[١٩]، وما[٢٠]

---

(١٨) راهن.

(١) قوله: "إنما يبطل لحق الورثة" كما في سائر الوكالات تبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك إلى الورثة. (غن)

(٢) على حق الورثة.

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) أي ورثة الراهن.

(٥) راهن.

(٦) راهن.

(٧) أي عقد الرهن. (ك)

(٨) قوله: "فيبقى [العقد] بحقوقه إلخ" الحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة، والأوصاف اللزوم وجبر الوكيل، وحق بيع ولد الرهن، وحق صرف الدراهم بالدنانير. (ك)

(٩) قوله: "انتقضت الوكالة" والرهن باق كما كان؛ لأن الرهن لو كان في يد المرتهن، فمات لم يبطل العقد به، فلأن لا يبطل بموت العدل أولى. (ع)

(١٠) في رواية الحسن بن مالك. (غن)

(١١) أي بيع الرهن عند حلول الدين. (غن)

(١٢) بحيث لا يجوز فسخها. (غن)

(١٣) أي عقد المضاربة.

(١٤) رأس المال.

(١٥) قوله: "فيما له" أي لا فيما عليه، ألا ترى أن الميت إذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاءه، وإن كان له دين على غيره ورثوه. (عناية)

رضى ببيعه، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن؛ لأن المرتهن أحق بماليته[1] من الراهن، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع.

قال[2]: فإن حل الأجل، وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه[3]، والراهن غائب أجبر على بيعه[4]؛ لما ذكرنا[5] من الوجهين فى لزومه، وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة[6]، وغاب الموكل، فأبى[7] أن يخاصم أجبر على الخصومة؛ للوجه الثانى، وهو أن فيه إتواء الحق، بخلاف الوكيل بالبيع[8]؛ لأن الموكل يبيع بنفسه، فلا يتوى حقه.

أما المدعى لا يقدر على الدعوى، والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه، فلو لم يكن التوكيل مشروطًا فى عقد الرهن، وإنما شرط بعده، قيل: لا يجبر[9] اعتبارًا

(١٦) أى إذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه. (غن)

(١٧) قوله: "أن يبيعه [أى الرهن. غن] إلخ" وإن باعه بغير إذنه، توقف على إجازة صاحبه، فإن أجازه جاز، ويكون الثمن رهنًا، وإن لم يخبره لا يجوز البيع، وله أن يبطله ويعيده رهنًا. (غن)

(١٨) رهن.

(١٩) راهن.

(٢٠) نافية.

(١) رهن.

(٢) فى "الجامع الصغير". (غن)

(٣) الرهن.

(٤) قوله: "أجبر [الوكيل] على بيعه" وكيفية الإجبار أن يحبسه القاضى أياما ليبيع، فإن لم يبع بعد الحبس أياما، فالقاضى يبيع عليه، وهذا على أصلهما ظاهر، وأما على أصل أبى حنيفة فكذلك عند البعض؛ لأنه تعين جهة البيع لقضاء الدين ههنا، وقيل: لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين، ولا يفسد البيع بهذا الإجبار؛ لأنه إجبار بحق، فصار كالاختيار. (ك)

(٥) قوله: "لما ذكرنا من الوجهين" أحدهما: أنه لما شرط فى عقد الرهن صار وصفًا من أوصافه.
والثانى: أنه تعلق به حق المرتهن، وفى العزل إتواء حقه، لا يقال: بأنه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الأول، فإنه لا يلزم من كون الوكالة وصفًا من أوصاف الرهن، وكونها لازمة أن يكون الجبر مستحقًا عليه؛ لأنه لا تأثير له فيه، لأنا نقول: إنما يثبت وصف اللزوم فى الوكالة حقًا للمرتهن، فلو لم يجبر على البيع، لم تتحقق فائدة اللزوم. (ك)

(٦) قوله: "وكذلك الرجل إلخ" أى رجلان بينهما خصومة، فوكل المدعى عليه رجلا بخصومة بطلب المدعى، فغاب الموكل، وأبى الوكيل أن يخاصمه، فإنه يجبر. (كف)

(٧) الوكيل.

(٨) قوله: "بخلاف الوكيل [أى الوكيل المفرد لا الوكيل ببيع الرهن. ك] بالبيع" فإنه لا يجبر لو امتنع عن البيع؛ لأن الوكيل بالبيع إذا امتنع عن البيع لا يتضرر به الموكل؛ لأنه يتمكن من البيع بنفسه، وأما العدل إذا امتنع عن البيع يتضرر به المرتهن؛ لأنه لا يتمكن من البيع بنفسه. (كف)

(٩) قوله: "لا يجبر [الوكيل] إلخ" ذكر فى "المبسوط" وهو ظاهر الرواية؛ لأن الوكالة إنما تلزم بسراية اللزوم من

للوجه الأول[١]، وقيل: يجبر رجوعًا إلى الوجه الثانى[٢]، وهذا أصح.

وعن أبى يوسف أن الجواب فى الفصلين واحد[٣]، ويؤيده إطلاق الجواب فى "الجامع الصغير"[٤].

وفي "الأصل"[٥]: وإذا باع العدل الرهن[٦]، فقد خرج من الرهن[٧]، والثمن قائم مقامه، فكان[٨] رهنًا، وإن[٩] لم يقبض بعد؛ لقيامه مقام ما كان مقبوضًا[١٠]، وإذا توى[١١] كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون.

وكذا إذا قتل العبد الرهن[١٢]، وغرم القاتل قيمته؛ لأن المالك يستحقه[١٣] من حيث المالية، وإن كان بدل الدم[١٤]، فأخذ[١٥] حكم ضمان المال فى حق المستحق[١٦]،

الرهن إليهما، فإذا ثبت قصدًا، يعطى له حكم بنفسه، وهى فى نفسها إعانة، والمعين لا يجبر على الإعانة، وقيل: يجبر رجوعًا إلى الوجه الثانى، وهو تعلق حق المرتهن، وهذا أصح. وعند أبي يوسف أن الجواب فى الفصلين واحد، أى فى المشروط فى عقد الرهن، وفى المستانف بعد عقد الرهن، يعنى يجبر فيهما. (ك)

(١) وهو أنه من حقوق الرهن بالشرطية.

(٢) وهو أن فيه إتواء الحق.

(٣) أى كونه مشروطا فى العقد، وكونه غير مشروط به.

(٤) قوله: "إطلاق الجواب فى "الجامع" إلخ" حيث قال فيه إذا أبى الوكيل، يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا فى العقد أولم يكن، وكذا ذكر فى الأصل مطلقًا. (عناية)

(٥) مبسوط.

(٦) ذكرها تفريعًا. (غن)

(٧) لأنه صار ملكًا للمشترى، وملكه لا يكون رهنًا. (ع)

(٨) الثمن.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) فزوال القبض فيه لا يخرجه من أن يكون رهنًا، كما لو استعار الراهن الرهن. (غاية البيان)

(١١) الثمن، عند العدل أو المرتهن.

(١٢) أي المرهون.

(١٣) أي هذا الضمان.

(١٤) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان [هذا الضمان] إلخ" جواب إشكال مقدر، وهو أن يقال: إن قيمة العبد ضمان الدم، بدليل أنه ينقص منه عن دية الحر، فإذا كان ضمان الدم، والدم ليس بمملوك له، ولا يصح رهنه، فكذلك بدله، واستحقاق المالك إياه لا يدل على أنه ضمان المال كالدية، فالجواب أنه وإن كان بدل الدم، فإن المالك يستحقه باعتبار أنه ضمان ماليته، فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق، وهو المولي.

بخلاف الدية؛ لأن الضمان فيه لا يستحق باعتبار المالية، إذا ليس فيه ثبوت المالية، وههنا المالية متحققة، وهى حق المالك، فبالقتل يتلف حقه، فأخذ بهذا الاعتبار حكم ضمان المال، وإن كان بدل الدم. (ك)

(١٥) هذا الضمان.

(١٦) أي الراهن.

فبقي عقد الرهن، وكذلك لو قتله عبد فدفع به؛ لأنه قائم مقام الأول لحمًا ودمًا.

قال[١]: وإن باع العدل الرهن، فأوفى المرتهن الثمن، ثم استحق الرهن، فضمنه العدل، كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه، وليس له أن يضمنه غيره[٢]، وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق، إما أن يكون هالكًا، أو قائمًا.

ففي الوجه الأول[٣] المستحق بالخيار، إن شاء ضمن الراهن قيمته؛ لأنه[٤] غاصب في حقه، وإن شاء ضمن العدل؛ لأنه[٥] متعدٍّ في حقه بالبيع والتسليم.

فإن ضمن الراهن نفذ البيع[٦]، وصح الاقتضاء[٧]؛ لأنه[٨] ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه[٩] أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن البائع[١٠] ينفذ البيع أيضًا؛ لأنه[١١] ملكه بأداء الضمان. فتبين أنه باع ملك نفسه، وإذا ضمن العدل، فالعدل بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة؛ لأنه وكيل من جهته[١٢] عامل له[١٣]، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة، ونفذ البيع[١٤]، وصح الاقتضاء[١٥]، فلا يرجع المرتهن عليه[١٦] بشيء من دينه. وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن[١٧]؛ لأنه تبين

---

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) قوله: "وليس له" أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أداه إليه. (غن)

(٣) قوله: "ففي الوجه الأول" أي فيما إذا كان المرهون المبيع هالكًا. (غن)

(٤) راهن.

(٥) عدل.

(٦) أي بيع العدل الرهن.

(٧) قوله: "وصح الاقتضاء" أي قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه. (ك)

(٨) راهن.

(٩) راهن.

(١٠) أي العدل. (عناية)

(١١) بائع عدل.

(١٢) راهن.

(١٣) راهن.

(١٤) أي بيع العدل الرهن.

(١٥) قوله: "وصح الاقتضاء" أي استيفاء المرتهن الثمن بدينه. (ك)

(١٦) أي على الراهن. (ك)

(١٧) الذي أعطاه. (غن)

أنه[١] أخذ الثمن بغير حق؛ لأنه ملك العبد بأداء الضمان، ونفذ بيعه عليه، فصار الثمن له، وإنما أداه[٢] إليه[٣] على حِسْبان[٤] أنه ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه[٥]، لم يكن راضيًا به، فله[٦] أن يرجع به[٧] عليه[٨]، وإذا رجع[٩] بطل الاقتضاء[١٠]، فيرجع[١١] المرتهن على الراهن بدينه.

وفي الوجه الثاني: وهو أن يكون[١٢] قائمًا في يد المشترى، فللمستحق أن يأخذه من يده؛ لأنه وجد عين ماله، ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن؛ لأنه العاقد، فتتعلق به حقوق العقد، وهذا[١٣] من حقوقه[١٤]، حيث وجب بالبيع، وإنما أداه ليسلم له المبيع[١٥] ولم يسلم.

ثم العدل بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة[١٦]؛ لأنه هوا لذى أدخله في العهدة[١٧]، فيجب عليه[١٨] تخليصه، وإذا رجع[١٩] عليه[٢٠]، صح قبض[٢١]

---

(١) مرتهن.
(٢) ثمن.
(٣) مرتهن.
(٤) بالكسر: پنداشتن. (م)
(٥) قوله: "فإذا تبين أنه ملكه" أى ملك العدل لم يكن راضيًا، أى لم يكن العدل راضيًا بأداء الثمن إلى المرتهن. (ك)
(٦) قوله: "فله" أى فللعدل أن يرجع بالثمن الذى أداه إلى المرتهن على المرتهن. (غن)
(٧) ثمن.
(٨) مرتهن.
(٩) أى العدل على المرتهن بالثمن.
(١٠) أى اقتضاء المرتهن الثمن بدينه.
(١١) بحقه فى الدين. (غن)
(١٢) المبيع المرهون.
(١٣) الرجوع.
(١٤) عقد.
(١٥) قوله: "وإنّما أدّاه إلخ" أى إنما أدى المشترى الثمن إلى العدل ليسلم للمشترى المبيع ولم يسلم. (ع)
(١٦) أى بالثمن. (ع)
(١٧) قوله: "لأنه [راهن] هو الذى إلخ" أى لأن الراهن هو الذى أدخله فى يده الورطة، فإذا ضمن بفعل باشره لأجله، كان له أى يرجع عليه بما ضمن. (غاية البيان)
(١٨) راهن.
(١٩) العدل.
(٢٠) راهن.

المرتهن؛ لأن المقبوض[١] سلم له، وإن شاء رجع[٢] على المرتهن؛ لأنه إذا انتقض العقد[٣]، بطل الثمن، وقد قبضه ثمنًا، فيجب نقض قبضه ضرورة، وإذا رجع[٤] عليه وانتقض قبضه، عاد حقه في الدين كما كان، فيرجع به[٥] على الراهن.

ولو أن المشترى سلم الثمن إلى المرتهن، لم يرجع[٦] على العدل؛ لأنه[٧] في البيع عامل للراهن، وإنما يرجع عليه[٨] إذا قبض، ولم يقبض فبقى الضمان[٩] على الموكل، ، وإن كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد، فما لحق العدل من العهدة يرجع[١٠] به على الراهن، قبض الثمن المرتهن أم لا؛ لأنه لم يتعلق[١١] بهذا التوكيل[١٢] حق المرتهن، فلا رجوع[١٣]، كما فى الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل، ودفع الثمن إلى من أمره الموكل، ثم لحقه عهدة، لا يرجع به على المقتضى[١٤]. بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد، لأنه تعلق به حق المرتهن، فيكون البيع لحقه[١٥].

---

(٢١) الثمن.

(١) أى الثمن المقبوض من العدل. (ع)

(٢) العدل، أى بالثمن الذى أداه إليه. (ع)

(٣) أى بيع العدل المرهون.

(٤) العدل.

(٥) أى بالدين.

(٦) المشترى.

(٧) عدل.

(٨) عدل.

(٩) قوله: "فبقى الضمان على الموكل" والمراد بالموكل المرتهن، وسماه موكلا؛ لأن البيع وقع لأجله، وبالضمان الثمن، أو بالموكل الراهن وبالضمان الدين. (ك)

(١٠) العدل.

(١١) قوله: "لأنه لم يتعلق إلخ" أى لأن التوكيل بعد العقد إنما يقع لحق الراهن خاصة دون حق المرتهن، ألا ترى أن المرتهن لا يملك مطالبة هذا الوكيل بالبيع، ولا يمنع الراهن من عزله، وإذا وقعت الوكالة خاصة لحق الراهن، لم يثبت الرجوع على غيره، وصار كمن وكل رجلا ببيع شيء، وأن يقضى عنه دينه، ففعل ثم لزمه ضمان، لم يرجع على المقتضى، وليس كذلك الوكالة المشروطة فى الرهن؛ لأنها لحق المرتهن بدلالة أنه يملك المطالبة بالبيع، ويمنع الراهن من العزل، فإذا وقع البيع فى حقه، وسلم له غرضه، جاز أن يلزمه الضمان، كذا ذكره القدورى فى "شرحه". (غن)

(١٢) الذى بعد العقد (غن)

(١٣) أى على المرتهن.

(١٤) أى القابض. (ك)

(١٥) قوله: "فيكون إلخ" وإذا وقع البيع لحقه، وقد سلم له ذلك، جاز أن يلزمه بالضمان. (كفاية)

قال رضي الله تعالى عنه[١]: هكذا ذكره الكرخي[٢]، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع[٣].

قال[٤]: وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن، ثم استحقه رجل، فله الخيار، إن شاء ضمن[٥] الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن؛ لأن كل واحد منهما متعدٍّ في حقه[٦] بالتسليم أو بالقبض.

فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين[٧]؛ لأنه ملكه[٨] بأداء الضمان، فصح الإيفاء. وإن ضمن[٩] المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من[١٠] القيمة[١١] وبدينه، أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن[١٢]، وأما بالدين فلأنه انتقض[١٣] اقتضاءه[١٤]، فيعود حقه كما كان.

فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه[١٥]، والملك في المضمون، يثبت لمن عليه قرار الضمان، فتبين[١٦] أنه رهن ملك نفسه، فصار كما إذا

---

(١) أي المصنف.

(٢) في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "وهذا [أي ما ذكر الكرخي. غن] يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع" أي الوكيل الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد، حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد، وبين الوكالة التي بعد العقد، فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن، يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن، لا على المرتهن؛ لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن. (ع)

(٤) في "الجامع الصغير".

(٥) القيمة.

(٦) قوله: "متعدٍّ في حقه" أي متعدٍّ في حق المستحق، أما الراهن فبتسليم الرهن إلى المرتهن، وأما المرتهن فبالقبض، فصار الراهن كالغاصب، والمرتهن كغاصب الغاصب، فله أن يضمن أيهما شاء. (غن)

(٧) أي ذهب بالدين. (غن)

(٨) مرهون من وقت القبض. (غن)

(٩) بالقيمة.

(١٠) بيان ما.

(١١) التي ضمنه. (غن)

(١٢) قوله: "فلأنه [مرتهن] مغرور [أي الراهن غره حيث رهن ملك الغير، فصار كأنه هو الذي أوجب عليه الضمان. غن] إلخ" والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان، كما يرجع المستأجر على المؤجر، والمودع على المودِع. (ك)

(١٣) قوله: "فلأنه انتقض إلخ" أي أما الرجوع بالدين، فلأن المرتهن لم يصر مستوفيًا لدينه بهلاك الرهن؛ لأن الرهن لم يكن ملك الراهن. (غن)

(١٤) مرتهن أي قبضه. (ع)

(١٥) بضمان القيمة. (كفاية)

ضمن المستحق الراهن ابتداء، قلنا: هذا[١] طعن[٢] أبي خازم[٣] القاضي.

والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور[٤]، والغرور بالتسليم كما ذكرناه[٥]، أو بالانتقال من المرتهن إليه، كأنه[٦] وكيل منه[٧]، والملك بكل ذلك[٨] متأخر عن عقد الرهن[٩].

بخلاف الوجه الأول[١٠]؛ لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن، فيستند الملك إليه، فتبين أنه رهن ملك نفسه، وقد طولنا الكلام في "كفاية المنتهى[١١]"، والله أعلم.

---

(١٦) فينبغي أن يحكم ههنا أيضاً بأنه مات بالدين، ولا يرجع المرتهن على الراهن بدينه.

(١) أي هذا السؤال.

(٢) على محمد بن الحسن.

(٣) بالخاء المعجمة، وهو عبد الحميد بن عبد العزيز قاضي بغداد القاضي. (ك)

(٤) قوله: "يرجع [مرتهن] عليه [بالضمان. ك] إلخ" أي يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور، والغرور إنما يحصل بالتسليم إلى المرتهن فإنما يملك العين من هذا الوقت، وعقد الرهن سابق عليه، فلا يكون راهناً ملك نفسه، فأما المستحق فإنما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا لتسليمه، فيملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده، أو بالانتقال من المرتهن إليه كما في الوكيل بالشراء كأنه اشتراه من المستحق ثم باع من الراهن.

وهذا لأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن يملك المضمون ضرورة، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن، ينتقل إليه من جهة المرتهن، والمرتهن يملكه من وقت القبض؛ لأنه بالقبض صار غاصباً، فيملكه الراهن بعده من جهته، فيكون ملك الراهن متأخراً عن عقد الرهن. (ك)

(٥) قوله: "كما ذكرناه" يعني قوله: لأن كل واحد منهما متعدٍّ في حقه بالتسليم. (م)

(٦) مرتهن.

(٧) قوله: "وكيل منه" من حيث انتقال الملك من المرتهن إلى الراهن كانتقال الملك من الوكيل إلى الموكل. (غن)

(٨) قوله: "والملك بكل إلخ" هي الملك بكل واحد من التسليم والانتقال متأخر من عقد الرهن، أما بالتسليم فظاهر؛ لأن التسليم كان بعد العقد، فتبين أنه رهن غير ملكه، وأما بالانتقال، فلأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن ملك المضمون، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن، انتقل ملكه إليه، فيملكه من جهة المرتهن، والمرتهن ملكه من حين القبض؛ لأنه صار غاصباً به، فيملك الراهن بعد ذلك من جهته، فيكون ملك الراهن متأخراً عن عقد الرهن، فكأنه رهن غير ملكه. (م)

(٩) قوله: "متأخر [ألا ترى أن التسليم متأخر عن العقد، وكذا الانتقال من المرتهن إليه] إلخ" ولا يشكل أن رأس مال المضاربة إذا استحق، وضمنه المضارب، فإنه يرجع على رب المال، والمضاربة نافذة، وإن كان الملك متأخراً عن عقد المضاربة؛ لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور، والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن إليه، وكل ذلك متأخر عن العقد؛ لأن المضاربة عقد غير لازم، وكل ما هو كذلك، فلدوامه حكم الابتداء، وقد تقدم، فصار كأنه إنشاء العقد بعد الرجوع، فنفذت بخلاف الرهن، فإنه عقد لازم، ليس لدوامه حكم الابتداء. (م)

(١٠) قوله: "بخلاف الوجه الأول" يعني ما إذا ضمن المستحق الراهن. (عناية)

(١١) قوله "وقد طولنا الكلام إلخ" قيل: مراده مسألة المضاربة، والفرق بينها وبين مسألة الرهن. (عناية)

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره[١]

قال[٢]: وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن[٣]، فالبيع موقوف[٤]؛ لتعلق حق الغير به، وهو المرتهن، فيتوقف على إجازته[٥]، وإن كان الراهن يتصرف في ملكه[٦]، كمن أوصى بجميع ماله، تقف[٧] على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث؛ لتعلق حقهم به[٨].

فإن أجاز المرتهن جاز؛ لأن التوقف لحقه، وقد رضي بسقوطه، وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضًا؛ لأنه زال المانع من النفوذ[٩]، والمقتضي موجود[١٠]، وهو التصرف الصادر من الأهل[١١] في المحل[١٢].

وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله[١٣]، هو الصحيح[١٤]؛ لأن

---

(١) قوله: "باب التصرف إلخ" لما كان التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن، وكذلك الجناية على الرهن، وجناية الرهن على غيره، ذكره عقيب مسائل الرهن؛ لأن كل ترتيب يجب طبعا، يجب وضعا للمناسبة. (غن)

(٢) القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) سواء علم بالبيع ولم يأذن، أو لم يعلم به. (ع)

(٤) قوله: "فالبيع موقوف" اختلف لفظ محمد في بيع المرهون في بعض المواضع، قال: باطل، وفي بعضها قال: فاسد، ومعناها سيبطله، وسيفسده القاضي إذا طلب المشتري التسليم إلى المرتهن، وفي بعض المواضع قال: موقوف، وهو الصحيح. (غن)

(٥) قوله: "فيتوقف إلخ" وروى عن أبي أبو يوسف في "الأمالي": أن البيع نافذ، حتى إن المشتري لو أعتقه قبل القبض ينفذ عتقه، وإذا لم يعتقه المشتري بقي رهنًا عند المرتهن، فيستوفي المرتهن دينه، قال: وهذا قول أبي يوسف الأول، وقوله الآخر مثل ما ذكر في الكتاب، أي في "الجامع".

ووجه ما روى عن أبي يوسف أن الراهن يتصرف في خالص ملكه؛ لأن البيع تصرف موضوع لنقل الملك، والملك له، ولهذا لو أعتقه نفذ عتقه، فكان البيع نافذا؛ لأن حق المرتهن يفوت إلى خلف، وهو الثمن. (غن)

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان إلخ" أقول: في إتمام هذا القدر من التعليل نظر، فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن، فإنه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك إيضًا، فالوجه في التعليل ههنا أن يقال: لانعدام قدرة التسليم لتعلق حق الغير به، وهو المرتهن، فيتوقف على إجازته. (نت)

(٧) الوصية.

(٨) أي بما زاد على الثلث.

(٩) أي نفوذ البيع.

(١٠) لنفاذ البيع.

(١١) أي العاقل البالغ.

(١٢) أي المملوك.

(١٣) يعني يكون بدل المرهون، وهو الثمن رهنًا مكان البيع، وهو المرهون. (غن)

(١٤) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما روى عن أبي يوسف، أن المرتهن إذا اشترط عند الإجازة أن يكون الثمن رهنًا، فهو رهن، وإلا لا يكون رهنًا؛ لأنه إذا أجاز بهذا الشرط، فما رضي ببطلان حقه عن العين، إلا وأن يكون متعلقًا

حقه تعلق بالمالية، والبدل له حكم المبدل، فصار كالعبد المديون إذا بيع برضا الغرماء، ينتقل حقهم إلى البدل؛ لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسًا[١]، فكذا هذا.

وإن لم يجز المرتهن البيع، وفسخه انفسخ[٢] في رواية[٣]، حتى لو افتكّ الراهن[٤] الرهن لا سبيل للمشترى عليه؛ لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك[٥]، فصار كالمالك، له أن يجيز، وله أن يفسخ.

وفى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه؛ لأنه لو ثبت حق الفسخ له، إنما يثبت ضرورة صيانة حقه.

وحقه فى الحبس لا يبطل[٦] بانعقاد هذا العقد، فبقى[٧] موقوفًا، فإن شاء المشترى صبر حتى يفتكّ الراهن الرهن، إذ العجز[٨] على شرف[٩] الزوال[١٠]، وإن شاء[١١] رفع الأمر إلى القاضى، وللقاضى أن يفسخ؛ لفوات القدرة على التسليم، وولاية الفسخ إلى القاضى لا إليه[١٢]، وصار كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض، فإنه يتخير المشترى[١٣]؛ لما ذكرنا[١٤]، كذلك هذا.

بالبدل، فأما إذا لم يشترط سقط حقه عن المرهون، والثمن ليس بمرهون، فلا يتعلق حقه، ووجه الظاهر أن خروجه بالبيع، والبيع أوجب الزوال إلى بدل، فيتعلق حقه بالبدل، سواء شرط أولا، كما لو استهلكه إنسان، فإنه يتعلق حقه بالقيمة. (كف)

(١) بالكلية.

(٢) البيع.

(٣) وهو رواية ابن سماعة. (ك)

(٤) افتكاك: از گيرو بيرون كردن گروى را. (من)

(٥) قوله: "بمنزلة الملك" لأنه حق قوى، ألا ترى أن الراهن حجر عن التصرف فيه، ويضمن القيمة، أو المثل كالأجنبي، ويضمن العقر لو وطئ الجارية المرهونة، وهى بكر، وهذه إمارات المالكية. (ك)

(٦) بل يحصل بمنع النفاذ.

(٧) العقد.

(٨) أى عجز البائع عن التسليم.

(٩) شرف بر امر بزرگ رسيدن از چيز يا از شر. (من)

(١٠) أى در معرض زوال است. (ترجمه)

(١١) المشترى.

(١٢) قوله: "لا إليه" أى لا إلى المرتهن؛ لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة، وهو إلى القاضى.

(١٣) قوله: "فإنه يتخير" فإن المشترى بالخيار إن شاء صبر حتى يرجع الآبق، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضى؛ ليفسخ بحكم العجز عن التسليم. (كف)

(١٤) أى لفوات القدرة على التسليم. (ع)

ولو باعه الراهن من رجل[١]، ثم باعه بيعًا ثانيًا من غيره[٢]، قبل أن يجيزه[٣] المرتهن.

فالثانى موقوف أيضًا على إجازته[٤]؛ لأن الأول لم ينفذ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني، فلو أجاز المرتهن البيع الثاني[٥]، جاز الثاني[٦].

ولو باع الراهن[٧] ثم آجر، أو وهب[٨]، أو رهن من غيره، وأجاز المرتهن هذه العقود[٩]، جاز البيع الأول[١٠].

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى؛ لأنه يتعلق[١١] حقه[١٢] ببدله[١٣]، فيصح تعيينه[١٤]؛ لتعلق فائدته به، أما لا حق له فى هذه العقود؛ لأنه لا بدل فى الهبة والرهن، والذى فى الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين، وحقه[١٥] فى مالية العين لا فى المنفعة، فكانت إجازته[١٦] إسقاطًا لحقه، فزال المانع[١٧]، فنفذ البيع الأول،

(١) هذه من مسائل "الجامع الكبير"، ذكرها تفريعًا. (غن)

(٢) رجل.

(٣) بيع أول.

(٤) كالأول. (ع)

(٥) قوله: "والبيع الثانى إلخ" وإنما خص إجازة البيع الثانى لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة، فإنه بإجازتها يصح العقد الأول، وهو البيع، ولم تصح هى، وبإجازة البيع الثانى لا يصح البيع الأول وإن كان سابقا، ويصح هو. (ع)

(٦) ولو أجاز الأول جاز الأول.

(٧) هذه من مسائل "الجامع الصغير"، ذكرها تفريعًا. (غن)

(٨) وسكت المصنف عن اشتراط التسليم فى الرهن والهبة؛ اعتمادًا على كونه معلومًا. (ع)

(٩) قوله: "هذه العقود" أى الإجارة أو الرهن أو الهبة دون البيع، والأصل أن تصرف الراهن فى الرهن إذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن، وإذا أجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه، فإن كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ بإجازة المرتهن التصرف الذى لحقته الإجازة، وإن كان تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن، فبالإجازة يبطل حق المرتهن، والنفاذ يكون من جهة الراهن، فينفذ السابق من تصرفات الراهن، وإن كان المرتهن أجاز اللاحق. (ك)

(١٠) قوله: "البيع الأول" سماه أولا، وإن لم يكن بيعان بالنسبة إلى هذه العقود؛ لأن هذه العقود متأخرة عن البيع. (ك)

(١١) قوله: "لأنه يتعلق إلخ" أى لأنه يتحول حقه إلى الثمن، وإن الثمن يصير رهنًا عنده، ويكون المرتهن أخص بثمنه من الغرماء إذا مات الراهن، فيصح تعيينه إلخ. (ك)

(١٢) أى الثمن.

(١٣) مرهون.

(١٤) أى تعيين المرتهن البيع الثانى بالإجازة.

(١٥) مرتهن.

(١٦) مرتهن.

(١٧) من النفاذ. (ك)

فوضح الفرق.

قال[١]: ولو أعتق الراهن عبد الرهن[٢] نفذ عتقه، وفى بعض أقوال الشافعى: لا ينفذ[٣] إذا كان المعتق معسرًا[٤]؛ لأن فى تنفيذه إبطال حق المرتهن[٥]، فأشبه البيع، بخلاف ما إذا كان[٦] موسرًا[٧]، حيث ينفذ على بعض أقواله[٨]؛ لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين[٩]، وبخلاف إعتاق المستاجر[١٠]؛ لأن الإجارة[١١] تبقى[١٢] مدتَها[١٣] إذ الحر يقبلها[١٤]، أما لا يقبل[١٥] الرهن فلا يبقى[١٦].

ولنا أنه مخاطب[١٧] أعتق ملك نفسه، فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن، كما إذا أعتق[١٨] العبد المشترى قبل القبض، أو أعتق[١٩] الآبق[٢٠]، أو المغصوب، ولا

---

(١) أى القدورى فى "مختصره". (ك)

(٢) موسرًا كان أو معسرًا.

(٣) قوله: "وفى بعض أقوال الشافعى [وفى قول: لا ينفذ موسرًا كان أو معسرًا. غن] إلخ" ذكر أقواله بلفظ الجمع؛ لأن له أقوالا ثلاثة ههنا، واحد أقواله كقولنا، وفى قول آخر: لا ينفذ إلخ. (ك)

(٤) إعسار –بالكسر– درويش شدن. (م)

(٥) قوله: "لأن فى تنفيذه إلخ" أى لأنه تصرف يلاقى حق المرتهن بالإبطال، فكان مردودًا كالبيع، بل أولى، لأن البيع أسرع نفاذا من العتق، حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق، وإذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن، فلأن لا ينفذ إعتاقه أولى. (ك)

(٦) المعتق.

(٧) إيسار: تونگر شدن. (م)

(٨) ويضمن قيمته للمرتهن. (ك)

(٩) قوله: "حقه [مرتهن]" أى حق المرتهن، أمكن استدراكه بإيجاب الضمان عليه. (ك)

(١٠) أى أعتق الموجر العبد المستأجر.

(١١) قوله: "الإجارة إلخ" لأن المنافع عنده ملحقة بالأعيان فى حق قبول العقد والضمان، والمولى بالإجارة باع منافع العبد مدة معلومة، ثم أعتقه فيبقى الإجارة، كما إذا باع نصف العبد ثم أعتق الباقى، أما الحر فلا يقبل الرهن، فلا يبقى بعد العتق، فافترقا. (كفاية)

(١٢) بعد العتق. (كف)

(١٣) بالنصب أى يبقى الإجارة فى مدة الإجارة. (غن)

(١٤) إجارة.

(١٥) الحر.

(١٦) الرهن.

(١٧) عاقل بالغ.

(١٨) المشترى.

(١٩) المالك.

خفاء في قيام ملك الرقبة[١] لقيام المقتضى[٢]، وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله[٣]، ثم إذا زال ملكه[٤] في الرقبة بإعتاقه، يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد[٥] المشترك، بل أولى[٦]؛ لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد[٧]، فلما لم يمنع[٨] الأعلى[٩]، لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى[١٠]. وامتناع النفاذ في البيع والهبة[١١] لانعدام القدرة على التسليم[١٢]، وإعتاق الوارث[١٣] العبد الموصى برقبته لا يلغو[١٤]، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة[١٥]، وإذا نفذ الإعتاق[١٦]، بطل

(٢٠) والجامع بين الآبق والمغصوب وبين المرهون فوات يد المالك. (ك)

(١) للراهن.

(٢) قوله: "لقيام المقتضى [وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن]" وهو سبب الملك كالشراء والإرث، ونحوها، فكان الملك ثابتًا للراهن رقبة ويدا، وزوال الملك يدا لضرورة عارض الرهن، والضرورة تندفع بإزالة ملك اليد، فيكون ملك الرقبة باقيًا كما كان، وملك الرقبة كافٍ لصحة الإعتاق، كما في الآبق والمغصوب وغيره.

وقوله: تصرف يلاقي حق المرتهن بالإبطال، قلنا: الثابت للراهن حقيقة الملك، والثابت للمرتهن حق، فقضيته الحقيقة تستدعي النفاذ، وقضيته الحق تستدعي عدم النفاذ، فرجحنا جانب الحقيقة على جانب الحق؛ لأنها أقوى. (ك)

(٣) قوله: "لا ينبئ عن زواله" لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا، أو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم، وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين، فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن، فإذا كان باقيًا على ملكه، وقد أزاله بالإعتاق صح. (عناية)

(٤) راهن.

(٥) فإنه ينفذ، ولا يمنع نفاذه ملك الشريك الآخر.

(٦) أي من إعتاق العبد المشترك.

(٧) قوله: "لأن ملك الرقبة أقوى" أي من حق المرتهن؛ لأن له ملك اليد والرقبة، ولهذا ملك اليد فقط، فإذا لم يمنع الأقوى الإعتاق؛ فلأن لا يمنع الأدنى أولى. (ك)

(٨) عن صحة العتق. (ع)

(٩) وهو حقيقة الملك للشريك. (ع)

(١٠) وهو يد المرتهن. (ع)

(١١) قوله: "وامتناع النفاذ إلخ" دفع دخل، تقريره: أن مجرد تعلق حق المرتهن لم لا يكون مانعا من نفاذ العتق، كما يمنع نفاذ البيع والهبة. (مل)

(١٢) قوله: "لانعدام القدرة إلخ" لأن يده مانعة عن التسليم والبيع، كما يفتقر إلى الملك مفتقر إلى القدرة على التسليم، ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر، والإعتاق لا يفتقر إليها، بدليل نفاذ إعتاق الآبق. (كف)

(١٣) قوله: "وإعتاق [جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع، وادعى أن إعتاقه لغو. عناية] إلخ" جواب سؤال مقدر، بأن يقال إذا أعتق الوارث العبد الموصى برقبته يلغو مع أنه ملكه؛ لتعلق حق الغير به، فقال: لا نسلم أنه يلغو، بل يؤخر ذلك إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة. (غن)

(١٤) قوله: "العبد الموصى إلخ" صورته مريض أوصى برقبة عبده لشخص، ولا مال له غيره، ثم مات، وأعتق الوارث العبد، لم ينفذ لحق الموصى له. (ع)

(١٥) وأما عندهما فلا إشكال؛ لأنه يعتق في الحال. (ع)

الرهن؛ لفوات محله.

ثم بعد ذلك[١] إن كان الراهن[٢] موسراً، والدين حالا، طولب بأداء الدين؛ لأنه لو طولب بأداء القيمة، تقع المقاصة بقدر الدين، فلا فائدة فيه[٣].

وإن كان الدين مؤجلا[٤]، أخذت منه قيمة العبد، وجعلت رهنًا مكانه، حتى يحل الدين؛ لأن سبب الضمان متحقق، وفي التضمين فائدة[٥]، فإذا حل الدين اقتضاه[٦] بحقه، إذا كان[٧] من جنس حقّه[٨]، وردّ الفضل[٩]. وإن كان معسراً، سعى العبد في قيمته[١٠]، وقضى به الدين، إلا إذا كان[١١] بخلاف جنس حقه[١٢]؛ لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه[١٣] من جهة المعتق، يرجع[١٤] إلى من ينتفع بعتقه[١٥]، وهو العبد؛ لأن الخَرَاج بالضمان[١٦].

---

(١٦) قوله: "وإذا نفذ إلخ" راجع إلى أول الكلام، يعنى إذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع، نفذ الإعتاق، فإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن. (ع)

(١) أي نفاذ الإعتاق. (غن)

(٢) المعتق.

(٣) إلا إذا كان الدين من خلاف جنس القيمة. (كف)

(٤) والراهن موسر.

(٥) أي حصول الاستيثاق.

(٦) المرتهن.

(٧) الضمان.

(٨) مرتهن.

(٩) قوله: "وردّ الفضل" أي على الراهن إن كان في قيمته فضل عن الدين، وإن كانت القيمة أقل من الدين رجع بالفضل. (غن)

(١٠) قوله: "سعى العبد إلخ" أي للمرتهن أن يستسعي العبد، سواء كان دينه حالا أو مؤجلا، وينظر إلى قيمة العبد وقت الرهن، وإلى قيمته وقت العتاق، وإلى الدين الذى رهن به، فيستسعى العبد بالأقل من هذه الأشياء الثلاثة. (غن)

(١١) قوله: "إلا إذا كان إلخ" أي إلا إذا كان ما حصل من سعاية العبد، بخلاف جنس حق المرتهن، فلا يقضى به الدين، بل يطالبه بالدين، حابسا للكسب إلى أن يوفيه الدين. (ك)

(١٢) مرتهن.

(١٣) مرتهن.

(١٤) المرتهن.

(١٥) راهن.

(١٦) قوله: "لأن الخَرَاج [أي الخراج والنفع للعبد، فعليه الضمان، فيرجع عليه.] بالضمان" في " المغرب ": الخراج ما يخرج من غلة الأرض، أو الغلام، ومنه الخراج بالضمان، أي الغلة بسبب الضمان، ثم يسمى ما يأخذه السلطان خراجا، فيقال: أدى خراج أرضه، وأدى أهل الذمة خراج رؤوسهم يعنى الجزية، وعبد مخارج قد خارجه سيد، وإذا اتفقا

قال رضي الله تعالى عنه[١]: وتأويله[٢]: إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل[٣]، نذكره[٤] إن شاء الله تعالى، ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر[٥]؛ لأنه قضى دينه[٦]، وهو[٧] مضطر فيه بحكم الشرع، فيرجع عليه[٨] بما تحمل عنه، بخلاف المستسعى في الإعتاق[٩]؛ لأنه يؤدي ضمانًا عليه[١٠]؛ لأنه إنما يسعى[١١]؛ لتحصيل العتق عنده[١٢]، وعندهما لتكميله[١٣]، وهنا يسعى في ضمان

على ضريبه يردها عليه عند انقضاء كل شهر. (ك)

قوله: "الخَرَاج بالضمان" حديث صحيح، رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وابن حبان رضي الله تعالى عنهم من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها، وفي بعض طرقه ذكر السبب، وهو أن رجلا ابتاع عبداً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقوم، ثم وجد به عيبًا، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله! قد استعمل غلامي، فقال: «الخراج بالضمان».

قال أبو عبيدة الخراج في هذا الحديث غلة العبيد يشتريه الرجل فيستعمله زمانًا، ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع، فيرده ويأخذ جميع الثمن، ويفوز بغلته كلها؛ لأنه كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله، انتهى، وفي "الفائق": كل ما خرج من شيء فهو خراجه، فخراج الشجرة ثمرها، وخراج الحيوان دره ونسله، انتهى. (الأشباه النظائر)

(١) أي المصنف.

(٢) أي تأويل سعى العبد في قيمته.

(٣) فحينئذ يسعى في الدين.

(٤) قوله: "نذكره" في هذا الباب في مسألة استيلاد الأمة المرهونة، وهو قوله: بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة. (ك)

(٥) المولى، إيسار: توانگر شدن. (م)

(٦) مولى.

(٧) الواو حالية.

(٨) مولى.

(٩) قوله: "بخلاف المستسعى إلخ" يعني أن المرهون المعتق إذا استسعى، يرجع بما سعى على مولاه، والعبد المشترك بين اثنين، إذا أعتق أحدهما نصيبه، فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سعى على المعتق، والفرق أن العبد المرهون يسعى في رقبته تخلصت، ويقضي دينًا على الراهن، فلهذا يرجع عليه، والمستسعى يسعى في تخليص رقبته عن الرق، وهو منفعة خالصة، فلهذا لا يرجع. (غاية البيان)

(١٠) لأنه أصل في الضمان، ولم يأخذ ضمانًا عن غيره. (كف)

(١١) قوله: "إنما يسعى إلخ" عند أبي حنيفة إعتاق البعض، لا يكون إعتاق الكل، فيكون السعاية لتحصيل الباقي، والعبد بما يسعى يملك عوض ما أدى، فلا يرجع به حتى لا يستحق عوضين بإزاء مال واحد، وعندهما إعتاق البعض إعتاق الكل، فيكون السعاية لتكميله، وهذا لأن الكل وإن أعتق على المعتق، وصار ملكًا له، إلا أن الثابت ملك لا قرار له، فيصير ثابتًا في حق نفاذ العتق، وأما فيما عدا ذلك يعتبر الملك ثابتًا للساكت، ومنتقلا إلى العبد. (ك)

(١٢) أي عند أبي حنيفة. (غن)

(١٣) قوله: "لتكميله" يعني وإن أعتق عندهما، لكن في عتقه نقصان؛ لكونه مطلوبا بالسعاية، فإذا أداها كمل العتق. (ع)

على غيره بعد تمام إعتاقه، فصار كمعير الرهن[١].

ثم أبو حنيفة أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والإعسار، وفى العبد المرهون شرط الإعسار[٢]؛ لأن الثابت للمرتهن حق الملك[٣]، وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت، فوجبت السعاية هنا فى حالة[٤] واحدة؛ إظهاراً لنقصان رتبته. بخلاف المشترى قبل القبض إذا أعتقه المشترى حيث لا يسعى[٥] للبائع[٦]، إلا رواية عن أبى يوسف[٧]، والمرهون يسعى[٨]؛ لأن حق البائع فى الحبس أضعف[٩]؛ لأن البائع لا يملكه[١٠] فى الآخرة[١١]، ولا يستوفى من عينه. وكذلك يبطل حقه فى الحبس بالإعارة من المشترى، والمرتهن ينقلب حقه ملكاً[١٢]، ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن، حتى يمكنه الاسترداد[١٣]، فلو أوجبنا السعاية فيهما[١٤]، لَسَوّينا بين الحقين، وذلك لا يجوز.

---

(١) قوله: "فصار كمعير الرهن" يعنى أن الراهن بالاستعارة إذا عجز عن فكاك الرهن فافتكّه المعير، رجع بذلك على الراهن المستعير؛ لأنه قضى دينه مضطراً. (غن)

(٢) أى إعسار الراهن المعتق.

(٣) قوله: "لأن الثابت إلخ" أى الثابت للمرتهن فى الرهن حق الملك لا حقيقة الملك، وذلك بثبوت يد الاستيفاء، والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبساً إلى أن يقضى الراهن دينه، وحق الملك أدنى حالا من حقيقة الملك الذى هو ثابت للشريك الساكت، فلما كان كذلك، أوجب أبو حنيفة السعاية ههنا، أى فى إعتاق الراهن فى حالة واحدة، وهى حالة الإعسار إظهاراً لنقصان مرتبة حق المرتهن عن مرتبة الشريك الساكت، فإن للساكت حقيقة الملك فى العبد، ولذلك وجب السعاية فى الحالين. (غن)

(٤) أى حالة الإعسار وهى حالة الضرورة.

(٥) مع أن للبائع حق الحبس.

(٦) قوله: "حيث لا يسعى إلخ" أى ليس للبائع ولا ية استسعاء العبد بقدر الثمن، وإن كان هو محبوساً عنده قبل التسليم بالثمن، كما أن المرهون محبوس عند المرتهن بالدين. (غن)

(٧) قوله: "إلا رواية عن أبى يوسف إلخ" وعن أبى يوسف أنه يسعى فى قيمته للبائع، ثم يرجع بها على المشترى كالمرهون إذا أعتقه الراهن. (كف)

(٨) فى حالة إعسار الراهن.

(٩) من حق المرتهن.

(١٠) بل له مجرد حق الحبس. (غن)

(١١) أى فى المآل.

(١٢) قوله: "ينقلب حقه إلخ" كما إذا هلك الرهن عند المرتهن يهلك بدينه مضموناً بالأقل من قيمته، ومن الدين، فيكون المرتهن مالكاً لذلك الأقل من مالية الرهن، وأما حق البائع لا يصير ملكاً له من جهة المشترى أصلا. (غن)

(١٣) من الراهن.

(١٤) قوله: "أوجبنا السعاية فيهما" أى فى المبيع المعتق قبل القبض، وفى المرهون المعتق، فسوينا بين الحقين أى بين

ولو أقر[١] المولى[٢] برهن عبده، بأن قال له: رهنتك عند فلان، وكذبه العبد، ثم أعتقه، تجب[٣] السعاية عندنا، خلافًا لزفر، هو يعتبره بإقراره[٤] بعد العتق.

ونحن نقول: أقر بتعلق الحق[٥] في حال يملك التعليق فيه[٦]؛ لقيام ملكه، فيصح[٧]، بخلاف ما بعد العتق؛ لأنه حال انقطاع الولاية[٨].

قال: ولو[٩] دبره[١٠] الراهن صح تدبيره بالاتفاق[١١]، أما عندنا فظاهر[١٢]، وكذا عنده[١٣]؛ لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله[١٤].

ولو كانت[١٥] أمة فاستولدها الراهن، صح الاستيلاد بالاتفاق؛ لأنه يصح بأدنى الحقين، وهو[١٦] ما للأب في جارية الابن، فيصح بالأعلى، وإذا صحا[١٧] خرجا من الرهن[١٨]؛ لبطلان المحلية، إذا لا يصح استيفاء الدين منهما[١٩].

حق البائع، وهو ضعيف، وبين حق المرتهن وهو قوى، والتسوية مع وجود الفارق لا يجوز. (غن)

(١) ذكرها تفريعًا على مسألة "المختصر". (غن)

(٢) وهو معسر.

(٣) للمرتهن.

(٤) بأن العبد رهن، أي أعتقه ثم أقر أنه كان رهنه. (غن)

(٥) قوله: "أقر بتعلق الحق [أي حق المرتهن] إلخ" وهذا لأنه لما ملك إنشاء الرهن قبل العتق، يكون مالكًا تعليق عتقه بأداء السعاية، فيصح إقراره بما يملك إنشاءه، إذ الولاية باعتبار الملك قائم، فلم يعتبر تكذيب العبد. (ك)

(٦) أي حال بقاء الملك.

(٧) الإقرار.

(٨) قوله: "لأنه حال إلخ" أي لأنه أقر عليه في حال لا يملك رقبته، ولا يملك تعلق الدين بها، فلم ينفذ. (غن)

(٩) ذكره تفريعًا على مسألة المختصر. (غن)

(١٠) العبد المرهون.

(١١) وخرج العبد من الرهن. (غن)

(١٢) قوله: "فظاهر" لأن العتق صحيح، وبالتدبير يحصل حق العتق، فأولى أن يصح. (حميدية)

(١٣) شافعي.

(١٤) فلا ضرر للمرتهن فإنه قادر على بيعه.

(١٥) المرهونة.

(١٦) أو في الحقين.

(١٧) أي التدبير والاستيلاد. (غن)

(١٨) قوله: "خرجا [أي المدبر وأم الولد. غن] من الرهن" وهذا عندنا، وأما عند الشافعي فالمدبر لا يخرج؛ لأنه قابل لما هو حكم الرهن عنده، وأم الولد تخرج؛ لأنها لا تقبل حكم الرهن، فإنه لا يجوز بيعها بالاتفاق، والفرق له بين الاستيلاد والإعتاق، أن الأمومية إنما تثبت بالنسب، وإنه لا يتوقف عنده على الدعوة، بل يثبت بنفس الوطئ، وأنه ليس بممنوع عنه، فإنه الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون، ولا يصح الحجر عن الوطئ لحق المرتهن؛ لأنه عسى أن لا

فإن كان الراهن موسرًا، ضمن قيمتهما[١] على التفصيل الذى ذكرناه فى الإعتاق[٢]، وإن كان[٣] معسرًا استسعى المرتهن المدبروأم الولد فى جميع الدين؛ لأن كسبهما مالُ المولى، بخلاف المعتق[٤] حيث يسعى فى الأقل من الدين ومن القيمة؛ لأن كسبه حقه، والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة، فلا يزاد عليه[٥]، وحق المرتهن بقدر الدين، فلا تلزمه الزيادة[٦].

ولا يرجعان[٧] بما يؤديان على المولى بعد يساره؛ لأنهما أدياه من مال المولى، والمعتق يرجع[٨]؛ لأنه أدى ملكه عنه[٩]، وهو[١٠] مضطر على ما مر، وقيل: الدين إذا كان موجلا يسعى المدبر فى قيمته؛ لأنه[١١] عوض الرهن، حتى تحبس مكانه[١٢]، فيتقدر بقدر المعوض[١٣]، بخلاف ما إذا كان[١٤] حالا؛ لأنه يقضى به الدين.

ولو أعتق الراهن المدبر[١٥]، وقد قضى عليه بالسعاية، أو لم يقض لم يسع،

تعلق، فصح الاستيلاد، فلا يتوقف على إذن المرتهن، بخلا ف الإعتاق؛ فإنه يوجب بطلان حق المرتهن لا محالة، فيمنع منه بدون إذنه. (ك)

(١٩) أى المدبر وأم الولد.

(١) مدبر وأم الولد.

(٢) قوله: "على التفصيل الذى ذكرناه إلخ" أى إذا كان الدين حالا، طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلا أخذت القيمة، وجعلت رهنًا مكانها، حتى يحل الدين، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه، إذا كان جنس حقه، ورد الفضل. (ك)

(٣) راهن.

(٤) قوله: "بخلاف المعتق" هذا هو الذى وعده بقوله: أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى. (ك)

(٥) قيمة.

(٦) على دين المرتهن.

(٧) أى المدبر وأم الولد.

(٨) لأن الاستيفاء يقع من ملك المعتق. (كف)

(٩) أى عن المولى.

(١٠) الواو حالية.

(١١) قيمة.

(١٢) رهن.

(١٣) قوله: "فيتقدر إلخ" لأن الدين المؤجل لا يجب قضاءه، وإنما يجب رد عوض الرهن إلى يد المرتهن، فيتقدر وجوب العوض بقدر ما فوت من المعوض، فأما إذا كان الدين حالا، فالقضاء واجب من مال الراهن، وكسبه ملكه، فيستسعى فى كله. (ك)

(١٤) الدين حالا.

(١٥) ذكره تفريعًا أيضًا. (غن)

إلا بقدر القيمة؛ لأن كسبه بعد العتق ملكه، وما أداه [١] قبل العتق، لا يرجع به على مولاه؛ لأنه أداه من مال المولى.

قال: وكذلك لو استهلك الراهن الرهن [٢]؛ لأنه [٣] حق محترم [٤] مضمون عليه بالإتلاف، والضمان رهن في يد المرتهن؛ لقيامه مقام العين.

فإن استهلكه أجنبي [٥]، فالمرتهن هو الخصم في تضمينه [٦]، فيأخذ القيمة، وتكون [٧] رهنًا في يده؛ لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه [٨]، فكذا في استرداد ما قام مقامه.

والواجب [٩] على هذا المستهلك [١٠] قيمته [١١] يوم [١٢] هلك [١٣]، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمس مائة ويوم رهن ألفًا، غرم خمس مائة، وكانت [١٤] رهنًا، وسقط من الدين [١٥] خمس مائة، فصار الحكم في الخمس مائة الزيادة، [١٦] كأنها هلكت

---

(١) إلى المرتهن.

(٢) قوله: "وكذلك [هذا لفظ القدوري.عيني] إلخ" أي الجواب في الاستهلاك كالجواب في الإعتاق، يعني إذا كان الراهن موسرًا والدين حالا طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلا، أخذت منه قيمة العبد، وجعلت رهنًا مكانه حتى يحل الدين. (نهاية)

قوله: "وكذلك إلخ" معطوف على قوله فيما مر، فإن كان الدين حالا إلخ، وترتيب عبارة "مختصر القدوري" والبداية هكذا" وإن أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه، فإن كان الدين حالا، طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد، وجعلت رهنًا مكانه، حتى يحل الدين، وإن كان الراهن معسرًا سعى العبد في قيمته وقضى الدين، وكذلك لو استهلك الراهن الرهن.انتهى. (نت)

(٣) لأن حق المرتهن.

(٤) احترام: حرمت داشتن. (م)

(٥) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غن)

(٦) أجنبي.

(٧) قيمة.

(٨) قوله: "حال قيامه إلخ" يعني أنه لو كانت العين باقية، كان المرتهن هو الخصم في ردها إلى يده، كذلك هو الخصم في إعادة ما قام مقام العين إلى يده. (غن)

(٩) من الضمان.

(١٠) قوله: "على هذا المستهلك [يعني الأجنبي.عناية]" احتراز عن استهلاك المرتهن، فإن عليه قيمة يوم قبض على ما سيجيء، وكذلك في الهلاك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم قبض، لا يوم هلك. (ك)

(١١) رهن.

(١٢) لا يوم قبض الرهن. (غن)

(١٣) أي استهلك. (ك)

(١٤) قيمة.

بآفة[١]، والمعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك[٢]؛ لأن القبض السابق مضمون عليه[٣]؛ لأنه قبض استيفاء، إلا أنه يتقرر عند الهلاك[٤].

ولو استهلكه المرتهن، والدين مؤجل غرم القيمة؛ لأنه أتلف ملك الغير، وكانت[٥] رهنًا في يده حتي يحل الدين؛ لأن الضمان بدل العين، فأخذ حكمه، وإذا حل الدين و[٦] هو[٧] على صفة القيمة[٨]، استوفى المرتهن منها[٩] قدر حقه؛ لأنه جنس حقه.

ثم إن كان فيه فضل يرده علي الراهن؛ لأنه بدل ملكه[١٠]، وقد[١١] فرغ عن حق المرتهن، وإذا نقصت[١٢] عن الدين بتراجع السعر[١٣] إلي خمس مائة، وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفًا، وجب بالاستهلاك خمس مائة، وسقط من الدين خمس مائة؛

---

(١٥) أي دين المرتهن.

(١٦) أي الزيادة على ما غرمه لمستهلك، فلا يضمن المستهلك تلك الزيادة. (غن)

(١) قوله: "كأنها هلكت بآفة [بدون الاستهلاك]" أي سماوية، يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن. (عناية)
قوله: "كأنها هلكت إلخ" لا يقال أن الرهن لو كان باقيًا كما كان، وقد تراجع السعر، وانتقصت قيمته، فإنه لا يسقط من الدين شيء، قلنا: لأن ثمة العين باقٍ كما كان، وإنما حصل التغير بالتراجع والعين بحال يمكن أن يصير ماليته بالتراجع كما كان يوم القبض، فلم يعتبر التغير، وههنا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك، ولم يبقَ على حال يعود ماليته، فاعتبر التغير. (ك)

(٢) قوله: "والمعتبر [جملة معللة لقوله وسقط من الدين إلخ] إلخ" جملة معللة، والواو قد تدخل عليها تقريرًا لتعليل أن المعتبر فى ضمان الرهن قيمة الرهن يوم القبض لا يوم الفكاك، حتي إذا كان قيمته يوم القبض ألفًا، ويوم الفكاك خمس مائة، سقط من الدين خمس مائة، ويفتك الرهن بقيمته يوم الفكاك. (أعظمى)

(٣) أي على المرتهن.

(٤) قوله: "إلا أنه يتقرر [الضمان] إلخ" جواب سؤال، وهو أنه إذا كان مضمونًا بقيمته يوم القبض، فإذا نقصت قيمته بتراجع السعر، ينبغي أن يسقط الدين بقدر نقصان القيمة، وليس كذلك، فأجاب بأن النقصان يتقرر عند الهلاك، فإذا عادت قيمته كاملة قبل الهلاك، لم يعتبر النقصان. (أعظمى)

(٥) قيمة.

(٦) الواو حالية.

(٧) دين.

(٨) جنس.

(٩) قيمت.

(١٠) راهن.

(١١) الواو حالية.

(١٢) قيمته.

(١٣) نرخ.

لأن ما انتقص كالهالك، وسقط الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض، وهو مضمون بالقبض السابق[١]، لا بتراجع السعر[٢]، ووجب عليه[٣] الباقي بالإتلاف، وهو قيمته يوم أتلف.

قال[٤]: وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه[٥]، أو ليعمل له عملا، فقبضه خرج من ضمان المرتهن؛ لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن[٦]، فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء[٧]؛ لفوات القبض المضمون، وللمرتهن أن يسترجعه[٨] إلى يده؛ لأن عقد الرهن باقٍ إلا في حكم الضمان في الحال.

ألا ترى[٩] أنه لو هلك[١٠] الراهن قبل أن يرده على المرتهن، كان المرتهن أحق[١١] به[١٢] من سائر الغرماء، وهذا[١٣] لأن يد العارية ليست بلازمة، والضمان

---

(١) قوله: "وهو [رهن] مضمون [على المرتهن] إلخ" جواب إشكال وهو أن يقال: لو سقط الدين بقدر ما انتقص، كان الرهن مضمونًا على المرتهن بتراجع السعر، وليس لتراجع السعر تأثير في إسقاط شيء من الدين، كما إذا رده إلى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر، فأجاب بأنه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر. (ك)

(٢) قوله: "لا بتراجع السعر" إذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه؛ لأنه قبض استيفاء، فبالهلاك يتقرر الضمان، ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض، وقد كانت قيمته يوم القبض ألفًا، انتقصت منها خمس مائة بتراجع السعر، سقط من الدين لا محالة مقدار تمام الألف خمس مائة منه بإتلافه، وخمس مائة منه بقبضه السابق، حيث كانت قيمته وقت القبض ألفًا، أما لا تأثير في سقوط شيء منه لتراجع السعر أصلا. (نت)

(٣) مرتهن.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "وإذا أعار" فيه تسامح؛ لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض، والمرتهن لا يملكها، فكيف يملكها غيره، ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان، وتمكن الاسترداد، أطلق الإعارة. (ف)

(٦) قوله: "لمنافاة [لأن قبض الرهن يوجب الضمان، وقبض العارية لا يوجب. ع] إلخ" لأن الضمان لو كان باقيًا، إنما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن، وبقاء يد المرتهن إنما يتحقق أن لو كان يد الراهن يد المرتهن، وهذا غير ممكن؛ لأن قبض المرتهن قبض مضمون، وقبض الراهن غير مضمون، وبين كونه مضمونًا وغير مضمون منافاة، فلا ينوب غير المضمون عن المضمون. (ك)

(٧) قوله: "بغير شيء [على المرتهن]" لا يقال: بأن يد الراهن بالاستعارة يجعل يد أمانة في حقه، ويد ضمان في حق المرتهن، كما في فصل العدل، فإن يد العدل يد أمانة في حق نفسه في المالية، ويد ضمان في حق المرتهن، فكذا هذا، لأنا نقول: لا يمكن ههنا إبقاء ضمان الرهن باعتبار القبض؛ لأن القبض قد انتقض، وإنما يجعل باقيًا حكمًا باعتبار اليد حكمًا إذا أمكن جعل يد الراهن يد المرتهن، وذلك غير ممكن لمنافاة بين اليدين؛ لأن يد المرتهن يد الحبس عن المالك، ويد العارية يد الاستعمال للملك، وبين الحبس عن المالك، وبين ثبوت يد الاستعمال للمالك تناف، ولا يتحقق هذه المنافاة في فصل العدل؛ لأن يد العدل يد حبس عن المالك، كما أن يد المرتهن يد حبس عن المالك، فلذلك افترقا. (ك)

(٨) من الراهن.

(٩) توضيح لبقاء عقد الرهن.

(١٠) مات.

ليس من لوازم الرهن على كل حال[١] .

ألا ترى أن حكم الرهن ثابت فى ولد الرهن، وإن[٢] لم يكن مضمونًا[٣] بالهلاك، وإذا بقى عقد الرهن، فإذا أخذه عاد الضمان؛ لأنه عاد القبض فى عقد الرهن، فيعود بصفته[٤] .

وكذلك لو أعاره أحدهما[٥] أجنبيًا بإذن الآخر، سقط حكم الضمان؛ لما قلنا[٦]، ولكل واحد منهما أن يرده رهنًا كما كان؛ لأن لكل واحد حقًا محترمًا فيه، وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة[٧] من أجنبى[٨] إذا باشر أحدهما[٩] بإذن الآخر، حيث يخرج عن الرهن[١٠]، فلا يعود[١١] إلا بعقد مبتدأ.

ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن، يكون المرتهن[١٢] أسوة للغرماء؛ لأنه تعلق بالرهن[١٣] حق لازم بهذه[١٤] التصرفات[١٥]، فيبطل به[١٦] حكم الرهن، أما

---

(١١) فعلم أن الرهن باق.

(١٢) رهن.

(١٣) أى الاسترجاع.

(١) قوله: "والضمان إلخ" دفع دخل، وهو أن عقد الرهن كيف يبقى، وقد ارتفع حكم الضمان عن المرتهن. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) على المرتهن.

(٤) وهو الضمان.

(٥) راهن ومرتهن.

(٦) أى من المنافاة بين يد العارية ويد الرهن. (ك)

(٧) قوله: "وهذا [الإعارة] بخلاف الإجارة إلخ" قال الشراح: وحكم الوديعة كحكم العارية، وحكم الرهن كحكم الإجارة، انتهى. (نت)

(٨) قوله: "من أجنبى" قيد بقوله: من أجنبى؛ لأنه لو أعار المرتهن الرهن من الراهن، أو آجره منه، أو أودعه عنده، كان للمرتهن أن يسترده، والإجارة باطلة، كذا فى "فتاوى قاضى خان" وغيره. (ك)

(٩) راهن ومرتهن.

(١٠) والأجرة فى الإجارة للراهن.

(١١) الرهن.

(١٢) أى مرتهن مانند واينان ديگر است. (ترجمه)

(١٣) أى بالمرهون.

(١٤) الباء للسببية.

(١٥) أى الإجارة والبيع والهبة.

(١٦) أى بهذا الحق اللازم.

بالعارية لم يتعلق به(١) حق لازم فافترقا.

وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به، فهلك قبل أن يأخذ في العمل، هلك على ضمان الرهن؛ لبقاء يد الرهن، وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل؛ لارتفاع يد العارية، ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان؛ لثبوت يد العارية بالاستعمال، وهي مخالفة ليد الرهن(٢)، فانتفى الضمان، وكذا إذا أذن الراهن المرتهن بالاستعمال؛ لما بيناه(٣).

ومن استعار من غيره ثوبًا ليرهنه(٤)، فما رهنه به من قليل أو كثير، فهو جائز(٥)؛ لأنه(٦) متبرع بإثبات ملك اليد(٧)، فيعتبر بالتبرع(٨) بإثبات ملك العين واليد(٩)، وهو قضاء الدين(١٠)، ويجوز أن ينفصل ملك اليد(١١) عن ملك العين ثبوتًا للمرتهن(١٢)، كما ينفصل زوالا في حق البائع(١٣).

والإطلاق واجب الاعتبار(١٤)، خصوصًا في الإعارة(١٥)؛ لأن الجهالة فيها لا

---

(١) أي بالمرهون.

(٢) قوله: "وهي [أي يد العارية] مخالفة ليد الرهن" لأن يد العارية غير مضمونة، وقبض الرهن مضمون، فإذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان. (ك)

(٣) قوله: "لما بيناه" يعني في صورة العارية، ثم إنهما إن اختلفا في وقت الهلاك، فالقول للمرتهن، والبينة على الراهن. (ع)

(٤) هذه المسألة إلى قوله وجناية الرهن من مسائل "الأصل"، ذكرها على سبيل التفريع. (عيني)

(٥) عملا بإطلاقه.

(٦) المعير.

(٧) للمرتهن.

(٨) قوله: "فيعتبر إلخ" أي فيقاس إثبات ملك اليد منفردا عن إثبات ملك العين بإثباتها مع إثبات ملك العين قياسًا بعدم الفارق، يعني بالغا خصوصية الاقتران بإثبات ملك العين، وقوله يجوز أن ينفصل إلخ، بيان للإلغاء. (أعظمي)

(٩) جميعًا. (ع)

(١٠) قوله: "وهو قضاء الدين إلخ" فإنه لو استأذن أن يقضي دينًا عليه بما له كان صحيحا، وكذا إذا تبرع إنسان بقضاء دين غيره، فإذا جاز أن يثبت له ملك اليد والعين بإيفاء غير المديون من ماله بطريق التبرع، يجوز أن يثبت له ملك اليد بالرهن أيضًا. (ك)

(١١) قوله: "ويجوز إلخ" يعني أن قيل: إن الاعتبار غير صحيح، لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه، فالجواب أن الاقتران غير مانع؛ لعدم استلزام أحدهما للآخر، فإنه يجوز أن ينفصل إلخ. (ع)

(١٢) أي يجوز أن يثبت له ملك اليد دون ملك العين. (ع)

(١٣) قوله: "كما ينفصل إلخ" أي كما يجوز أن يزول ملك اليد عن البائع دون ملك العين، بأن باع بشرط الخيار، وسلم إلى المشتري، فزال يده لا ملكه. (ك)

(١٤) قوله: "والإطلاق واجب إلخ" يعني إذا أطلق الإعارة في الرهن، ولم يسم ما يرهنه به بعشرة، أو تسعة، أو

تفضى إلى المنازعة[١].

ولو عين[٢] قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه، ولا بأقل منه؛ لأن التقييد مفيد، وهو ينفى الزيادة[٣]؛ لأن غرضه[٤] الاحتباس[٥] بما تيسّر[٦] أداءه[٧]، وينفى النقصان أيضًا؛ لأن غرضه[٨] أن يصير[٩] مستوفيًا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع[١٠] عليه.

وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد؛ لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض[١١]، وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ.

وإذا خالف[١٢] كان ضامنًا، ثم إن شاء المعير ضمن المستعير، ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه رهن ملك نفسه، وإن شاء[١٣] ضمن المرتهن، ويرجع المرتهن بما ضمن، وبالدين على الراهن، وقد بيناه فى الاستحقاق[١٤].

وإن وافق[١٥] بأن رهنه بمقدار ما أمره به، إن كانت قيمته مثل الدين[١٦]، أو

بدراهم، أو بدنانير، أو يرهنه من زيد، أو عمرو، كان للمستعير أن يعمل بموجب الإطلاق. (ك)

(١٥) قوله: "خصوصًا فى الإعارة" لأن مبناها على المسامحة، فلا يجرى فيها المضايقة، والجهالة فيها لا تفضى إلى المنازعة، فإن من استعار دابة، له أن يركب بنفسه، وله أن يركب غيره، وله أن يحمل عليه ما شاء. (ك)

(١) قوله: "إلى المنازعة" يعنى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، فإنها هى المفسدة للعقد. (م)

(٢) المعير.

(٣) أى تعين المعير بأن يرهن المستعير بقدر من المال. (ك)

(٤) معير.

(٥) أى احتباس الشىء المستعار.

(٦) على المعير، أو على المستعير.

(٧) إن احتاج إلى فكاكه. (م)

(٨) قوله: "لأن غرضه [معير]إلخ" أى لأنه ربما يرضى المعير، بأن يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيًا للأكثر، ليرجع هو على المستعير بذلك، فإذا رهنه بأقل، فعند الهلاك إنما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر، فلم يحصل غرضه. (ك)

(٩) المرتهن.

(١٠) معير.

(١١) قوله: "لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض" يرجع إلى القيد بالجنس، أى قد يتيسر على المعير، أو على المستعير أداء جنس دون جنس، وتفاوت الأشخاص فى الأمانة يرجع إلى التقييد بالمرتهن، وقوله: والحفظ إلى القيد بالبلد. (ك)

(١٢) المستعير.

(١٣) المعير.

(١٤) قوله: "وقد بيناه فى الاستحقاق" أى فى استحقاق الرهن قبل هذا الباب. (ك)

أكثر، فهلك عند المرتهن، يبطل المال عن الراهن[١]؛ لتمام الاستيفاء[٢] بالهلاك، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن[٣]؛ لأنه صار قاضياً دينه بماله[٤] بهذا القدر، وهو[٥] الموجب للرجوع دون القبض[٦] بذاته؛ لأنه[٧] برضاه[٨].

وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه[٩]، وإن كانت قيمته أقل من الدين، ذهب[١٠] بقدر القيمة وعلى الراهن[١١] بقية دينه للمرتهن؛ لأنه لم يقع الاستيفاء[١٢] بالزيادة على قيمته، وعلى الراهن[١٣] لصاحب الثوب[١٤] ما صار به[١٥] موفياً[١٦]؛ لما بيناه[١٧].

ولو كانت قيمته مثل الدين، فأراد المعير أن يفتكّه[١٨] جبراً عن الراهن[١٩]، لم

---

(١٥) المستعير.

(١٦) أي دين المرتهن.

(١) أي سقط دين المرتهن.

(٢) أي استيفاء المرتهن.

(٣) قوله: "ووجب مثله" أي مثل ما سقط عن الراهن بهلاك الثوب. (ك)

قوله: "ووجب مثله" أي مثل ما تم الاستيفاء بالهلاك، وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب إن كان أكثر؛ لأن الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه، وهو ما إذا وافق المستعير المعير، فيما شرط. (عناية)

(٤) معير.

(٥) أي كونه قاضياً دينه بماله.

(٦) أي قبض المستعير عن المعير.

(٧) قبض.

(٨) معير.

(٩) قوله: "على ما بيناه" أي لأنه صار قاضياً هذا القدر من الدين بماله، والجزء معتبر بالكل. (كافي)

(١٠) الدين.

(١١) المستعير.

(١٢) أي استيفاء المرتهن.

(١٣) المستعير.

(١٤) أي المعير.

(١٥) أي قدر القيمة.

(١٦) أي دينه.

(١٧) قوله: "لما بيناه" وهو قوله؛ لأنه صار قاضياً دينه بماله. (ك)

(١٨) قوله: "فأراد المعير إلخ" أي أراد أن يفتكّه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن. (ك)

(١٩) قوله: "جبراً عن الراهن [بغير رضا الراهن. كف]" قيل: معناه من غير رضاه، وليس بظاهر، وقيل: نيابة، ولعله من الجبران يعني جبراناً؛ لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه. (عناية)

يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع ؛ لأنه غير متبرع[١]، حيث[٢] يخلص ملكه، ولهذا[٣] يرجع على الراهن بما أدّى المعير[٤]، فأجبر المرتهن على الدفع.

بخلاف الأجنبى إذا قضى الدين[٥] ؛ لأنه[٦] متبرع، إذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه، ولا في تفريغ ذمته، فكان للطالب[٧] أن لا يقبله[٨].

ولو هلك الثوب العارية عند الراهن[٩] قبل أن يرهنه، أو بعد ما افتكّه، فلا ضمان عليه؛ لأنه لا يصير قاضياً[١٠] بهذا[١١]، وهو الموجِب[١٢] على ما بيناه[١٣].

ولو اختلفا فى ذلك[١٤]، فالقول[١٥] للراهن[١٦] ؛ لأنه ينكر[١٧] الإيفاء بدعواه

(١) فى الفكاك، بل له حق وملك فى المرهون.

(٢) تعليلية.

(٣) أى لكونه غير متبرع.

(٤) قوله: "يرجع على الراهن بما أدّى المعير" وههنا قيد لا زم ذكره، فإن قوله: يرجع إلى الراهن بما أدى غير مجرى على إطلاقه، بل معناه يرجع على الراهن بما أدى، إذا كان ما أداه بقدر الدين لا ما أكثر منه من قيمة الثوب؛ لأنه ذكر في "الإيضاح" و "فتاوى قاضي خان": فإن عجز الراهن عن الانفكاك، وافتكّه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به، ولا يرجع بأكثر من ذلك. بيانه أنه إذا كانت قيمة الرهن ألفاً، فرهنه بألفين، فافتكّه المالك بألفين، رجع بقدر ما يهلك الدين، وهو الألف، ولا يرجع بأكثر من ألف؛ لأنه لو يهلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك، فكذلك إذا افتكّه كان متبرعاً بالزيادة. فإن قيل: هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين، فلم يكن متبرعاً، قلنا: الضمان إنما وجب على المعير باعتبار إيفاء الدين عن ملكه، فكان الرجوع إليه بقدر ما يتحقق به الإيفاء. (ن)

(٥) أى دين المرتهن.

(٦) أجنبى.

(٧) أى رب الدين. (ك)

(٨) أى المرتهن.

(٩) المستعير.

(١٠) دينه.

(١١) الثوب.

(١٢) للرجوع والضمان.

(١٣) وهو أنه صار قاضياً دينه بماله.

(١٤) قوله: "ولو اختلفا [أى المعير والمستعير. ك] فى ذلك" أى فى كون الهلاك حال الرهن، أو غيره، فقال المعير: هلك حال الرهن، وقال المستعير: هلك قبل الرهن، أو بعد الافتكاك، فالقول قول الراهن؛ لما ذكر، والبينة للمعير؛ لأنه يدعي عليه الضمان، فإن قيل: إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك، فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه، ثم ادعى ما ينسخه، وهو الفكاك، فلا بد له من حجة، كما إذا ادعى الغاصب رد المغصوب، أجيب: بأن موجب الضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن، ولم يقر بذلك. (ع)

(١٥) مع يمينه. (ك)

(١٦) المستعير.

الهلاك في هاتين الحالتين[١].

كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به[٢]، فالقول للمعير؛ لأن القول قوله في إنكار أصله[٣]، فكذا في إنكار وصفه.

ولو رهنه المستعير بدين موعود، وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا، فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى[٤]، والقيمة سواء يضمن[٥] قدر الموعود المسمى؛ لما بينا[٦] أنه كالموجود، ويرجع المعير على الراهن بمثله؛ لأن سلامة مالية الرهن[٧] باستيفاءه[٨] من المرتهن، كسلامته ببراءة ذمته[٩] عنه[١٠].

ولو كانت العارية عبداً، فأعتقه المعير[١١]، جاز؛ لقيام ملك الرقبة[١٢]، ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن[١٣]؛ لأنه لم يستوفه.

وإن شاء ضمن المعير قيمته؛ لأن الحق[١٤] قد تعلق برقبته برضاه[١٥]، وقد

---

(١٧) والضمان إنما يجب على المستعير بإيفاء الدين منه. (ك)

(١) أي قبل الرهن وبعد الفكاك.

(٢) قوله: "كما لو اختلفا [المعير والمستعير. ك] إلخ" هكذا وقع في النسخ، ولكن الصواب لو اختلفا في مقدار ما أمره مكان كما؛ لأنه في لفظ كما يختلف الغرض، إذ في الأول القول للراهن، وهو المستعير، وفي الثاني القول قول المعير، فكيف يصح التشبيه، إلا أن يقال: التشبيه في الإنكار من غير نظر إلى كون المنكر معيراً، أو مستعيراً. (ك)

(٣) أي العارية بتأويل عقد العارية. (ك)

(٤) أي القرض المسمى.

(٥) المرتهن للراهن.

(٦) قوله: "لما بينا" إشارة إلى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه بقوله: لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة. (ك)

(٧) قوله: "لأن سلامة إلخ" بيانه أن الدين الموعود كالموجود، فلو كان الدين موجوداً، وهلك الرهن في ضمان المرتهن، يسلم للراهن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين وفي الموعود، إذا هلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن للراهن المسمى من الدين، فإذا استوفاه من المرتهن، وهو ومالية الرهن، سواء يصير الراهن مستوفياً مالية الرهن بواسطة الاستيفاء، وفي فصل السلامة بواسطة البراءة يرجع المعير بمثله على الراهن، فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء. (ك)

(٨) راهن.

(٩) راهن.

(١٠) دين.

(١١) فرهنه المستعير.

(١٢) في العبد بعد الرهن. (كف)

(١٣) المستعير.

(١٤) قوله: "لأن الحق إلخ" أي حق المرتهن تعلق بمالية الرهن برضا المعير، وقد استهلكه بالإعتاق، فصار كما استهلكه بالإتلاف، وهو في هذا الحكم كأجنبي آخر، فيضمن قيمته، ثم يرده على المعير؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين، ولو أخذ المعير الرهن من المرتهن، ثم استرده المرتهن، كان رهناً عنده إلى أن يقبض دينه، فإذا قبض يرده على المعير،

أتلفه[١] بالإعتاق، وتكون[٢] رهنًا عنده إلى أن يقبض دينه، فيردها إلى المعير؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين[٣].

ولو استعار عبدًا، أو دابة ليرهنه، فاستخدم العبد، أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما، ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما، ثم قضى المال[٤]، فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن، فلا ضمان على الراهن؛ لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما[٥]، فإنه كان أمينًا[٦] خالف[٧]، ثم عاد[٨] إلى الوفاق.

وكذا إذا أفتك الرهن، ثم ركب الدابة، أو استخدم العبد فلم يعطب[٩]، ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن؛ لأنه[١٠] بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير؛ لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك، وقد عاد إلى الوفاق، فيبرأ عن الضمان[١١].

كذا هذا. (كفاية)

(١٥) قوله: "برقبته" أقول: كان الحق فى التعليل أن يقال: لأن الحق تعلق بماليته، وقد أتلفها بالإعتاق، إذ لا شك أن المراد بالحق المذكور فى التعليل إنما هو حق المرتهن، وحقه متعلق بمالية الرهن دون برقبته. (نت)

(١) المعير.

(٢) القيمة.

(٣) قوله: "لأن استرداد القيمة إلخ" يعنى أن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير، واسترداد القيمة كاسترداد العين، ولو استرد العين، ثم استوفى دينه من الراهن، وجب عليه رد العين، فكذلك رد قيمته. (ع)

(٤) إلى المرتهن.

(٥) قوله: "لأنه قد برئ من الضمان" أى ضمان التعدى بالاستخدام والركوب، لا ضمان قضاء الدين، فإن المعير يرجع على الراهن بضمان قضاء الدين؛ لأن الراهن بعد ما قضى الدين لما ملك الرهن فى يد المرتهن، فيرجع بما أدى إليه من الدين؛ لأن الرهن لما هلك فى يد المرتهن، يصير مستوفيًا حقه من مالية الرهن، فيرد إلى الراهن ما اقتضاه من الدين، كيلا يتكرر الاستيفاء، فإذا وقع الاستيفاء بمالية الرهن، يرجع المعير على الراهن بمالية الرهن فى قدر ما وقع به الإيفاء. (ك)

(٦) قوله: "فإنه كان أمينًا إلخ" فإن قيل: أليس أن المستعير إذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان، ما لم يصل العين إلى المالك، وهذا مستعير قد خالف، فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال إلى صاحبه، قلنا ثمة يد المستعير يد نفسه، فبالعود إلى المكان المشروط لا يصير رادًا للعين على المالك لا حقيقة، ولا حكمًا.

بخلاف المودع؛ لأن يده كيد المالك، فبالعود إلى الوفاق يصير رادًا عليه حكمًا، وما نحن بصدده نظير مسألة الوديعة؛ لأن تسليمه إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير، حتى لو هلك بعد ذلك، يصير دينه مقضيًا، فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله، فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكمًا، فلهذا برئ به من الضمان. (ك)

(٧) بأن أخذ منهما نفعًا غير الرهن.

(٨) بأرهنهما.

(٩) عطوب -بضمتين- هلاک شدن. (م)

(١٠) مستعير.

(١١) قوله: "فيبرأ عن الضمان" لأن الرد إلى نائب المعير، وهو المستعير نفسه قد وجد؛ لأن الراهن الذى هو

وهذا بخلاف المستعير [١]؛ لأن يده يد نفسه [٢]، فلا بد من الوصول إلى يد المالك، أما المستعير في الرهن، فيحصل مقصود الآمر [٣]، وهو الرجوع عليه عند الهلاك [٤] وتحقق الاستيفاء.

قال [٥]: وجناية الراهن على الرهن مضمونة؛ لأن تفويت حق لازم محترم [٦]، وتعلق مثله بالمال يجعل المالك، كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه [٧] فيما وراء الثلث، والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته؛ ليشترى بها عبداً يقوم مقامه.

قال [٨]: وجناية المرتهن عليه [٩] تسقط من دينه بقدرها [١٠]، ومعناه [١١]: أن يكون الضمان على صفة الدين [١٢]، وهذا لأن العين ملك المالك، وقد تعدى عليه المرتهن، فيضمنه لمالكه.

قال: وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر، وهذا [١٣] عند أبي حنيفة، وقالا: جنايته على المرتهن معتبرة.

والمراد بالجناية على النفس [١٤] ما يوجب المال [١٥]، أما الوفاقية [١٦]؛ فلأنها جناية

المستعير بعد الفكاك مودع، والمودع يبرأ بالرد إلى الوفاق. (عناية)

(١) قوله: "وهذا بخلاف المستعير" أي إذا استعار عيناً لينتفع بها، فخالف، ثم عاد إلى الوفاق، لم يبرأ عن الضمان. (ك)

(٢) لا يد المالك.

(٣) قوله: "فيحصل مقصود الآمر" يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن، فينبغي أن يجعل المستعير في الرهن بمعنى المودع، ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رده إلى صاحبه، فيبرأ عن الضمان، وهو صحيح ظاهر، إذا كان الاستعمال قبل الرهن. (ع)

(٤) عند المرتهن.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "حق لازم [أي حق المرتهن] محترم" وعنى باللازم أن لا يقدر على إسقاطه بانفراده، وبالمحترم أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله. (ع)

(٧) المريض.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) رهن.

(١٠) جناية.

(١١) أي معنى قول القدوري. (عيني)

(١٢) بأن يكون الدين دراهم ودنانير، أما إذا كان الدين مكيلا فلا يسقط. (ك)

(١٣) أي كونها هدراً.

المملوك على المالك، ألا ترى(١) أنه لو مات(٢)، كان الكفن عليه(٣).

بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه(٤)؛ لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً، حتى يكون الكفن عليه، فكانت جناية على غير المالك(٥) فاعتبرت.

ولهما في الخلافية(٦)، أن الجناية حصلت على غير مالكه(٧)، وفي الاعتبار فائدة(٨)، وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر، ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا

---

(١٤) أي نفس الراهن أو نفس المرتهن.

(١٥) قوله: "ما يوجب المال" وهي ما إذا كانت الجناية خطأً في نفس أو فيما دونها، أما الجناية الموجبة للقصاص فمعتبرة، أما على المرتهن فلا يشكل، وأما على الراهن؛ فلأن المستحق به دمه، والمولى من دمه كأجنبي آخر، ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص لا يصح، وبالجناية الموجبة للمال يصح، وإقراره على نفسه بالجناية الموجبة للقصاص صحيح، وبالموجبة للمال باطل. (ك)

(١٦) قوله: "أما الوفاقية إلخ" يعني أما وجه المسألة التي اتفقوا على حكمها، وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر؛ لأنها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال، بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه، وكل ما كان كذلك، فهو هدر؛ لأن لو جنى على غيره، وجب على مولاه من ماله، فإذا وجب عليه شيء، لكان واجباً عليه له، وذلك باطل، ونوقض بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه، فإنها توجب الضمان، وأجاب عنه المصنف بما في الكتاب بقوله: بخلاف إلخ. (عناية)

(١) توضيح لكون العبد مملوكاً وإن كان مرهوناً.

(٢) العبد المرهون.

(٣) راهن.

(٤) قوله: "بخلاف جناية المغصوب" فإنها تعتبر عند أبي حنيفة، مع أن المغصوب مضمون على الغاصب، كما أن المرهون مضمون على المرتهن؛ لأن الملك إلخ. (كف)

(٥) قوله: "فكانت [أي جناية المغصوب على الغاصب] إلخ" أي فتبين أن العبد جنى على غير مالكه فاعتبرت، وأما ضمان الرهن وإن تقرر على المرتهن، فلا يوجب الملك له في العين، ولهذا لو مات كان الكفن على الراهن، فلا يتبين به أن جنايته كانت على غير مالكه، فلهذا كانت هدراً، فالحاصل أن المرهون من حيث إنه مضمون المالية كالمغصوب، ومن حيث إن عينه أمانة كالوديعة، فباعتبار أنه كالأمانة من وجه يجعل جنايته على المالك هدراً، وباعتبار أنه كالمغصوب يجعل جنايته على الضامن هدراً. (ك)

(٦) أي جناية الرهن على المرتهن. (ك)

(٧) قوله: "حصلت على غير مالكه [مرتهن]" إذ المرتهن غير مالك للعين، وحصولها على غير المالك يوجب الضمان، كما إذا حصلت على أجنبي، فإن قيل: ماليته محتبسة بدينه، فلا فائدة في إيجاب الضمان، أجاب عنه بقوله: وفي الاعتبار فائدة، وهو دفع العبد إليه بالجناية، فيعتبر وإن كان يسقط حقه في الدين، فإن أبقاه رهناً، وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين، وربما يكون له غرض صحيح في ملك العين، فيحصل له باعتبار الجناية، وإن لم يكن له غرض في ذلك، يترك لطلب الجناية، ويبقيه رهناً كما كان. (عناية)

(٨) قوله: "فائدة" لأن موجب اعتبار الجناية الدفع إلى المجني عليه، وللمرتهن غرض صحيح في تملك العبد، وإن سقط دينه، فوجب أن يعتبر، وربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء أنفع له، ففي إثبات الخيار له توفير النظر عليه. (ك)

الرهن، ودفعاه بالجناية إلى المرتهن[١]، وإن قال المرتهن: لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله.

وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية[٢]؛ لأنها[٣] حصلت في ضمانه، فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء؛ لأنه لا فائدة في اعتبارها[٤]؛ لأنه لا يتملك العبد، وهو الفائدة[٥].

وإن كانت القيمة[٦] أكثر من الدين[٧]، فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة[٨]؛ لأن الفضل ليس في ضمانه، فأشبه جناية العبد[٩] الوديعة على المستودع، وعنه أنها لا تعتبر؛ لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه[١٠] ثابت، فصار كالمضمون، وهذا[١١] بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن، أو ابن المرتهن؛ لأن الأملاك[١٢] حقيقة متباينة، فصار كالجناية على الأجنبي.

---

(١) قوله: "ودفعاه [فإن قبله المرتهن صار عبداً له، وبطل الدين. كف] إلخ" فيه تسامح؛ لأن المرتهن يدفع العبد إلى نفسه، فلعله سماه دافعاً تغليباً. (عناية)

(٢) قوله: "كان عليه إلخ" لأنه مخاطب هو أيضاً بالدفع، أو بالفداء كالراهن، فحينئذ كان حكم الدفع أو الفداء له، وعليه في حق شيء واحد بسبب جناية واحدة، والقول به اشتغال بما لا يفيد، وذلك أن المرتهن في الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنايته، ألا ترى أنه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكاً، فكذا في الجناية عليه تجعل كالمالك، فلا يعتبر جنايته عليه. (كفاية)

(٣) جناية.

(٤) قوله: "لأنه لا فائدة إلخ" أي لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية، فإنه لا يستحق بها الملك، ولكن المستحق بالدين مالية العبد يباع فيه، وذلك مستحق له بدينه، فلا فائدة في اعتبار جنايته على ماله، فلهذا لا يعتبر. (ك)

(٥) أي تملك العبد.

(٦) أي قيمة الرهن.

(٧) أي دين المرتهن.

(٨) قوله: "أنه يعتبر [أي جناية الرهن على مال المرتهن] إلخ" فلو كان قيمته ألفين، والدين ألف، فالنصف منه أمانة ههنا، وجناية الوديعة على المودع معتبرة، فيقال للراهن ادفعه أو أفده، فإن دفعه وقبل المرتهن، صار عبداً للمرتهن، فيسقط الدين؛ لأنه يكون كالهالك في يده في حكم سقوط الدين، كما لو جنى على أجنبي ودفعاه به، وإن فداه كان على الراهن نصف الفداء حصة الأمانة، وعلى المرتهن نصف الفداء حصة المضمون، فتسقط حصته؛ لأنه لا يستوجب على نفسه ديناً، ويستوفي من الراهن حصته من الفداء، ويكون الفداء رهناً على حاله. (رد المحتار)

(٩) فإنها تعتبر.

(١٠) أي في الفضل.

(١١) أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدراً. (ع)

(١٢) بين الأب والابن. (ع)

قال[١]: ومن رهن عبدًا يساوى ألفًا بألف إلي أجل[٢]، فنقص في السعر[٣]، فرجعت قيمته إلي مائة، ثم قتله رجل، وغرم قيمته مائة، ثم حل الأجل، فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه، ولا يرجع على الراهن بشيء.

وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا[٤]، خلافًا لزفر، هو يقول: أن المالية قد انتقصت[٥]، فأشبه انتقاص العين[٦].

ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس، وذلك لا يعتبر فى البيع، حتى لا يثبت به الخيار[٧]، ولا فى الغصب[٨] حتى لا يجب الضمان، بخلاف نقصان العين؛ لأن بفوات جزء منه[٩] يتقرر الاستيفاء[١٠] فيه[١١]، إذ اليد[١٢] يد الاستيفاء،.

وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر، بقى مرهونًا بكل الدين، فإذا قتله حر، غرم قيمته مائة؛ لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف فى ضمان الإتلاف؛ لأن الجابر بقدر الفائت، وأخذه المرتهن؛ لأنه بدل[١٣] المالية[١٤] فى حق المستحق، وإن[١٥] كان مقابلا بالدم على أصلنا، حتى[١٦] لا يزداد[١٧] على دية الحر؛ لأن المولى[١٨] استحقه

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) كذا فى "الجامع الصغير".

(٣) نرخ.

(٤) قوله: "لا يوجب إلخ" نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر، فلا يوجب سقوط الدين، ولهذا لو نقص به، وهو باق على حاله، فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن إلى الراهن. (عناية)

(٥) فى يد المرتهن.

(٦) فى يد المرتهن.

(٧) قوله: "لا يثبت به الخيار" يعنى إذا تغير سعر المشترى قبل القبض، لا يثبت الخيار. (كفاية)

(٨) يعنى لا يعتبر نقصان السعر فى الغصب. (كف)

(٩) مرهون.

(١٠) أى استيفاء المرتهن.

(١١) رهن.

(١٢) أى يد المرتهن.

(١٣) أى قيمة العبد المقتول.

(١٤) أى مالية العبد.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) تفريع على كون قيمة العبد المقتول مقابلا بالدم.

(١٧) القيمة.

بسبب المالية، وحق المرتهن متعلق بالمالية، فكذا فيما قام مقامه.

ثم لا يرجع(١) على الراهن بشيء؛ لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء، وبالهلاك يتقرر(٢)، وقيمته كانت في الابتداء ألفًا، فيصير(٣) مستوفيًا للكل من الابتداء، أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفيًا(٤) الألف بمائة؛ لأنه يؤدي إلى الربا(٥)، فيصير(٦) مستوفيًا المائة، وبقي تسع مائة في العين، فإذا هلك(٧) يصير(٨) مستوفيًا تسع مائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد؛ لأنه يصير مستوفيًا الكل بالعبد؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا.

قال(٩): وإن كان أمره(١٠) الراهن أن يبيعه(١١)، فباعه بمائة، وقبض(١٢) المائة

---

(١٨) دليل لقوله لأنه بدل المالية إلخ. (ك)

(١) المرتهن.

(٢) الاستيفاء.

(٣) المرتهن.

(٤) قوله: "أو نقول إلخ "دليل آخر، أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيًا للألف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن، وجعلت رهنًا مكانه؛ لأنه يؤدي إلى الربا، فيصير مستوفيًا المائة، بقي تسع مائة في العين، فإذا هلك يصير مستوفيًا تسع مائة بالهلاك، والباقي ظاهر.

واعلم أن صورة المسألة ههنا ثلاث، تراجع قيمة الرهن من ألف إلى مائة مع قيام عينه بحاله، وقتل الحر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع، وضمان قيمته مائة، وقتل عبد العبد المرهون فدفعه رهنًا به، وأقوال العلماء فيها أيضًا: ثلاثة، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فحكم الصورة الأولى والثالثة واحد، وهو أن الراهن يفتكّها لجميع الدين بلا خيار. وقول محمد في الأولى كقولهما: وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى، وبين أن يسلمه إلى المرتهن بماله كالثانية على ما يذكره. وقول زفر: إن حكم الصورة الأولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكّها المائة، ويسقط عنه التسع مائة قياسًا على الصورة الثانية، فإن حكمها أن التسع مائة ساقط عن الراهن بالاتفاق، وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الأجل، ووجوه هذه الأقوال مذكورة في الكتاب. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه يؤدي إلى الربا" لأن المائة يجوز أن يكون بمقابلتها أكثر من مائة، فلذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة، فلهذا لو كان القاتل عبدًا قيمته مائة، فدفع مكانه، يكون رهنًا بألف درهم، كالأول عندنا على ما يجيء؛ لأن ذلك يجوز أن يكون بمقابلة ألف درهم شراء، فكذلك حبسًا بالدين، ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماليته بأن يزداد قيمته، حتى إن الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير، فإنه يبقى جميع الدين باعتباره؛ لأنه يتوهم استيفاء جميع الدين منه، بأن يغر الدنانير حتى يبلغ قمية هذه الدنانير ألف درهم. (ك)

(٦) المرتهن.

(٧) المرهون.

(٨) المرتهن.

(٩) كذا في "الجمع الصغير". (عيني)

(١٠) المرتهن.

(١١) أي العبد المرهون الذي تراجع قيمته إلى النقصان.

قضاء من حقه، فيرجع بتسع مائة؛ لأنه[1] لما باعه بإذن الراهن صار[2] كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان كذلك يبطل الرهن، ويبقى الدين، إلا بقدر ما استوفى[3]، كذا هذا.

قال[4]: وإن قتله عبد[5] قيمته مائة، فدفع مكانه افتكّه[6] بجميع الدين، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: هو[7] بالخيار، إن شاء افتكّه بجميع الدين، وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله[8].

وقال زفر: يصير رهنًا بمائة، له أن يد الراهن يد استيفاء، وقد تقرر بالهلاك، إلا أنه[9] أخلف[10] بدلا بقدر العشر، فيبقى الدين بقدره.

ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحمًا ودمًا[11]، ولو كان الأول قائمًا وانتقص السعر، لا يسقط شيء من الدين عندنا؛ لما ذكرنا[12]،

---

(١٢) مرتهن.

(١) مرتهن.

(٢) فصار المرتهن وكيل الراهن. (ك)

(٣) مرتهن.

(٤) كذا في "الجامع الصغير".

(٥) قوله: "وإن قتله [أي قتل العبد الذي يساوى ألفًا وهو رهن بألف ولم يراجع سعره. ك] إلخ" عطف على قوله: ثم قتله رجل، والظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع إلى ما رجع إليه ضمير قتله في المعطوف عليه، ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع إلى العبد المرهون الذي نقص في السعر، فكذ الضمير الذي في المعطوف، كما ذهب إليه أصحاب "النهاية" و"معراج الدراية" و"غاية البيان". وإن أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه، فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه، وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله، ولو كان تراجع سعره إلخ، عن شائبة التكرار. وأما إرجاع الضمير في المعطوف إلى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر، فمما لا يساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العبرية. (نت)

(٦) الراهن.

(٧) راهن.

(٨) أي بديته، ولا شيء عليه.

(٩) مرتهن.

(١٠) قوله: "أخلف" الإخلاف بدل گرفتن از چيزى، كذا في "تاج اليبهقى"، وفي "منتهى الأرب" أخلف فلان لنفسه: رفت از فلان چيزى، پس بجاى آن چيزى ديگر گرفت.

(١١) قوله: "لحمًا ودمًا" يعني صورةً ومعنًى، أما صورة فظاهر، وأما معنى فلأن القاتل كالمقتول في الآدمية، والشرع يعتبره حرا من حيث الآدمية دون المالية، ألا ترى إلى استواءهما في حق القصاص، فكذا في حق الدفع. (ع)

فكذلك إذا قام المدفوع[١] مكانه.

ولمحمد فى الخيار أن المرهون تغير فى ضمان المرتهن، فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض[٢]، والمغصوب إذا قتل فى يد الغاصب، يخير المشترى والمغصوب منه، كذا هذا.

ولهما أن التغير لم يظهر فى نفس العبد؛ لقيام الثانى مقام الأول[٣] لحمًا ودمًا كما ذكرناه مع زفر، وعين الرهن أمانة[٤] عندنا، فلا يجوز تمليكه[٥] منه[٦] بغير رضاه[٧]، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلى، وإنه منسوخ[٨].

بخلاف البيع؛ لأن الخيار فيه[٩] حكمه الفسخ، وهو مشروع، وبخلاف الغصب؛ لأن تملكه[١٠] بأداء الضمان مشروع، ولو كان العبد تراجع سعره[١١]، حتى صار يساوى مائة، ثم قتله عبد يساوى مائة، فدفع به، فهو على هذا الخلاف.

وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ، فضمان الجناية على المرتهن[١٢]، وليس له أن يدفع؛ لأنه لا يملك التمليك.

---

(١٢) قوله: "لما ذكرنا" إشارة إلى قوله: ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس إلخ. (ع)

(١) أى الثانى.

(٢) قوله: "كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل فى يد الغاصب" أى قتلهما عبد ودفع مكانهما، وإنما قيد فيهما بالقتل؛ لأن سعرهما لو نقص مما كان عليه وقت البيع والغصب لا خيار للمشترى والمغصوب منه، بل يأخذهما من غير خيار، أما لو قتلهما عبد فدفع مكانهما يتخير المشترى بين أن يأخذ المدفوع بكل الثمن، وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع، وفى الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع، وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب. (ك)

(٣) ولذا افتكّه بجميع الدين لا بالمائة.

(٤) عند المرتهن.

(٥) فلذا لا خيار للراهن.

(٦) أى من المرتهن.

(٧) مرتهن.

(٨) يعنى بقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن».

(٩) أى حكم الخيار فيه الفسخ. (كف)

(١٠) غاصب.

(١١) قوله: "ولو كان إلخ" هذا تكرار لا محالة؛ لأن وضع المسألة فى الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة، فقتله عبد قيمته مائة، فدفع به، وقد ذكر الخلاف فيه، فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه، فهو على هذا الخلاف. (نت)

(١٢) قوله: "فضمان الجناية [لأن العبد فى ضمانه، فيقال للمرتهن أفد العبد من الجناية. ك] على المرتهن" يعنى إذا كانت القيمة والدين سواء، أما إذا كانت القيمة أكثر فيأتى، وإنما كانت الجناية عليه؛ لأن العبد فى ضمانه. (ع)

قوله: "على المرتهن" وإنما بدئ بالمرتهن؛ لأنا لو خاطبنا الراهن من الجائز أن يختار الدفع، فيمنعه المرتهن من ذلك؛ لأن له أن يقول: أنا أفدى حتى أصلح رهنى. (ك)

ولو فدى طهر المحل[١]، فبقى الدين[٢] على حاله، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء؛ لأن الجناية حصلت في ضمانه، فكان عليه إصلاحها.

ولو أبى المرتهن أن يفدى[٣]، قيل للراهن إدفع العبد[٤]، أو أفده بالدية؛ لأن الملك في الرقبة قائم له، وإنما إلى المرتهن الفداء؛ لقيام حقه، فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية، ومن حكمها[٥] التخيير بين الدفع[٦] والفداء.

فإن اختار الدفع، سقط الدين[٧]؛ لأنه[٨] استحق لمعنى[٩] في ضمان المرتهن، فصار كالهلاك[١٠]، وكذلك إن فدى؛ لأن العبد كالحاصل له[١١] بعوض كان على المرتهن[١٢]، وهو الفداء.

بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانًا، أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع[١٣]، أو الفداء في الابتداء؛ لأنه غير مضمون على المرتهن[١٤]، فإن دفع[١٥] خرج من الرهن، ولم يسقط شيء من الدين، كما لو هلك[١٦] في الابتداء، وإن فدى فهو رهن[١٧] مع أمه على حالهما[١٨].

---

(١) مرهون.

(٢) أي دين المرتهن.

(٣) الفداء: سر بها دادن درستن.

(٤) إلى ورثة المقتول.

(٥) جناية.

(٦) أي دفع العبد.

(٧) أي دين المرتهن.

(٨) عبد.

(٩) قتل.

(١٠) قوله: "فصار كالهلاك" والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن. (ك)

(١١) فكأنه اشترى من ولي الجناية. (كف)

(١٢) قوله: "بعوض كان على المرتهن" وإذا كان على المرتهن، فقد أداه الراهن، فيجب للراهن على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجناية، وللمرتهن على الراهن دين، فالتقيا قصاصًا، فيسلم الرهن للراهن، ولا يكون الراهن متبرعًا في أداء الفداء؛ لأنه يسعى في تخليص ملكه كمعير الراهن. (ك)

(١٣) أي ذي حق.

(١٤) فإنه ما ورد عليه العقد قصدًا.

(١٥) أي المولى. (كف) ولد الرهن إلى ذي حق.

(١٦) ولد الرهن.

(١٧) ولد الرهن.

ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته، فإن أدى المرتهن الدين الذى لزم العبد، فدينه على حاله، كما في الفداء[1]، وإن أبى قيل للراهن: بعه فى الدين، إلا أن يختار أن يؤدى عنه، فإن أدى بطل دين المرتهن، كما ذكرنا فى الفداء، وإن لم يؤدِّ، وبيع العبد فيه، يأخذ صاحب دين العبد دينه؛ لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وحق ولي الجناية[2]؛ لتقدمه على حق المولى[3].

فإن فضل شيء[4]، ودين[5] غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر، فالفضل للراهن، وبطل دين المرتهن؛ لأن الرقبة استحقت لمعني هو في ضمان المرتهن، فأشبه الهلاك[6]، وإن كان دين العبد أقل[7]، سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد، وما فضل من دين العبد[8]، يبقى رهنًا كما كان.

ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به؛ لأنه من جنس حقه، وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل، وإن كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم أخذ[9] الثمن، ولم يرجع[10] بما بقى على أحد، حتى يعتق العبد؛ لأن الحق فى دين الاستهلاك يتعلق

---

(١٨) كما كانا.

(١) فى باب الجناية. (كف)

(٢) قوله: "وحق ولى الجناية" بالجر عطف على دين المرتهن، يعنى أن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وعلى حق ولى الجناية أيضًا، حتى لو جنى العبد المديون، دفع إلى ولى الجناية، ثم يباع للغرماء على ما يأتى فى الديات، كذا فى "العناية" تبعًا للنهاية، وقال فى "الكفاية" ومقدم على ولى الجناية، لأنه وإن دفع على ولى الجناية أولا، لكن إذا بيع لم يبق للدفع أثر. (مل)

(٣) قوله: "لتقدمه على حق المولى [وهو رقبة العبد]" أى لتقدم دين العبد على حق المولى، فإذا كان مقدمًا على حق المولى كان مقدمًا على حق من يقوم مقامه، وهو المرتهن، وولى الجناية، فإن المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية، وولى الجناية فى ملك العين. (ع)

(٤) قوله: "فإن فضل شيء إلخ" أقول: فيه شيء، وهو أن الظاهر من اسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله: فإن فضل شيء إلخ، من متفرعات المسألة السابقة، وهى قوله: ولو استهلك العبد المرهون مالا إلخ، ولا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك إذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذى بيع، اللهم إلا أن يكون قوله فإن فضل شيء إلخ، مسألة مباينة للمسألة الأولى مقابلة، لا أنها متفرعة عليها، ويكون الفاء فى قوله فإن فضل إلخ لمجرد الترتيب الذكرى، كما تستعمل الفاء فى هذا المعنى أيضًا على ما عرف فى علم الأدب. (مشايخ الأفكار)

(٥) الواو حالية.

(٦) عند المرتهن.

(٧) من دين المرتهن.

(٨) أى بعد أداء دين العبد.

(٩) غريم.

(١٠) غريم.

برقبته، وقد استوفيت[١]، فيتأخر[٢] إلى ما بعد العتق.

ثم إذا أدّى[٣] بعده[٤] لا يرجع على أحد؛ لأنه وجب عليه[٥] بفعله، وإن كانت قيمة العبد ألفين، وهو رهن بألف، وقد جنى العبد، يقال لهما[٦]: افدياه؛ لأن النصف منه مضمون، والنصف أمانة، والفداء في المضمون على المرتهن، وفي الأمانة على الراهن، فإن أجمعا على الدفع دفعاه، وبطل دين المرتهن، والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن[٧]؛ لما بيناه[٨]، وإنما منه الرضى به[٩]، فإن[١٠] تشاحّا[١١]، فالقول لمن قال: أنا أفدي، راهنًا كان أو مرتهنًا.

أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن[١٢]، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن، وكذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن: أنا أفدي له ذلك، وإن[١٣] كان المالك يختار الدفع؛ لأنه إن لم يكن مضمونًا، فهو محبوس بدينه[١٤]، وله في الفداء غرض صحيح[١٥]، ولا ضرر على الراهن، فكان له أن يفدي.

---

(١) أي الرقبة؛ فإنها قد بيعت.

(٢) الحق.

(٣) العبد.

(٤) عتق.

(٥) عبد.

(٦) راهن ومرتهن.

(٧) قوله: "والدفع [أي دفع العبد] لا يجوز إلخ" لأن الدفع تمليك، وهو لا يملك التمليك، والمراد به أن الراهن دفع، ورضي به المرتهن. (كف)

(٨) وهو قوله: لأنه لا يملك التمليك.

(٩) دفع.

(١٠)

(١١) قوله: "فإن تشاحّا [أي تخالفا]" بأن قال المرتهن: أنا أفدي، وقال الراهن: أنا أدفع، أو على العكس. (ك) قوله: "تشاحّا" تشاحّا على الأمر از باب تفاعل بخيلي كردند بكاري، يعني نخواستند كه فوت شود آن أمر، تشاح القوم في الأمر: بخيلي كردند قوم بعضي از انها بر بعضي از خوف فوت آن كار. (تج)

(١٢) قوله: "فلأنه ليس إلخ" أي لأن الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن، والمرتهن لا يسقط حق الراهن، بل يحفظ حق نفسه من غير ضرر بالراهن، فكان اختياره الفداء أولى. (كف)

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) حتى لو مات لا يسقط من دين المرتهن شيء.

(١٥) قوله: "وله في الفداء غرض صحيح" وهو زيادة التوثيق لاستيفاء دينه. (ك)

وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع[١]؛ لما بينا[٢]، فكيف يختاره، ويكون المرتهن فى الفداء متطوعًا فى حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن؛ لأنه يمكنه[٣] أن لا يختاره[٤]، فيخاطب الراهن، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعًا[٥]، وهذا على ما روى عن أبى حنيفة[٦]، أنه لا يرجع مع الحضور، وسنبين القولين إن شاء الله تعالى[٧].

ولو أبى المرتهن أن يفدى، وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه؛ لأن سقوط الدين أمر لازم فدى[٨]، أو دفع، فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعًا، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين، أو أكثر، بطل الدين، وإن كان أقل[٩] سقط من الدين بقدر نصف الفداء، وكان العبد رهنًا بما بقى؛ لأن الفداء

---

(١) قوله: "وأما الراهن إلخ" أى لو قال الراهن أنا أفدى، وقال المرتهن أنا أدفع، فليس الدفع إلى المرتهن، ولا فائدة أيضًا فى اختيار المرتهن الدفع؛ لأنه يسقط دينه بالدفع، كما يسقط بالفداء، وفى الدفع أسقاط حق الراهن فى الرقبة، وله غرض صحيح فى استبقاء الرقبة بالفداء، فكان فى اختيار المرتهن الدفع تفويت غرض الآخر من غير فائدة، فلا يعتبر. (ك)

(٢) من أنه لا يملك التمليك.

(٣) قوله: "لأنه يمكنه إلخ" أى لأنه كان يقدر أن لا يلتزم الفداء، حتى يخاطب الراهن، فلما التزمه والحال هذه صار متبرعًا. (كف)

(٤) فداء.

(٥) أى يمكن أن يخاطب الراهن.

(٦) قوله: "وهذا على ما روى إلخ" فى "المبسوط" أبو حنيفة يقول: المرتهن أحد من يطالب بالفداء فى هذه الحالة، فلا يكون متبرعًا فيه كالراهن، وهذه النقطة تقتضى أن لا يكون متبرعًا حالة الحضور أيضًا، وروى عنه على عكس هذا، أنه لا يصير متبرعًا حالة الحضر، ويكون متبرعًا حالة الغيبة؛ لأن المرتهن لا يخاطب بالدفع حال غيبة الراهن، ولا يمكنهم الأخذ منه، فيكون متبرعًا فى الفداء وحالة الحضرة، فالمجنى عليه يخاطبها بالدفع أو الفداء، فلا يتوصل إلى الحبس إلا بالفداء، فلا يكون متبرعًا كصاحب العلو إذا بنى السفل، ثم بنى العلو عليه لا يكون متبرعًا، فهذا مثله. (ك)

(٧) قوله: "وسنبين القولين" أى قول أبى حنيفة وقول مخالفه، وهو ما ذكر بعد هذا بخطوط فى قوله: ولو كان المرتهن فدى، والراهن حاضر، فهو متطوع، وإن كان غائبا، لم يكن متطوعًا، وهو قول أبى حنيفة إلخ. (ك)

(٨) قوله: "لأن سقوط الدين أمر لا زم [يعنى أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحدهما، وأيهما كان سقط الدين.عناية]" لأن موجب الجناية الدفع أو الفداء، وعلى التقديرين يسقط الدين على ما ذكر فى الكتاب، أنه إن اختار الدفع سقط الدين؛ لأنه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن، فصار كالهلاك، وكذلك إذا فدى؛ لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن، وهو الفداء، فيكون سقوط الدين من اللوازم، فلم يتمكن الراهن من الخروج عن موجب الجناية. إلا وسقوط دين المرتهن يلازمه، فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعًا؛ لأنه قصد به تطهير ملكه عن الجناية، وهو محتاج إلى ذلك، فلا يكون متبرعًا فى نصيب المرتهن، كمعير الرهن إذا قضى الدين، ثم إن رد عليه المرتهن نصف الفداء، بقى مرهونًا، كما لو فدياه، وإن أبى ذلك، ونصف الفداء مثل الدين أو أكثر فقد خرج من الرهن؛ لأن المرتهن حين أبى الفداء رضى بإتواءه، فيجعل فى حقه كأنه هلك. (ك)

(٩) من الدين.

في النصف كان عليه، فإذا أداه الراهن، وهو[١] ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه، فيصير قصاصًا بدينه[٢]، كأنه[٣] أوفي نصفه[٤]، فبقي[٥] العبد رهنًا بما بقي.

ولو كان المرتهن فدى، والراهن حاضر، فهو متطوع، وإن كان غائبًا لم يكن متطوعًا[٦]، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر: المرتهن متطوع في الوجهين؛ لأنه فدى ملك غيره بغير أمره، فأشبه الأجنبي.

وله أنه إذا كان الراهن حاضرًا أمكنه مخاطبته، فإذا فداه المرتهن، فقد تبرع كالاجنبي، فأما إذا كان الراهن غائبًا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون، ولا يمكنه ذلك[٧] إلا بإصلاح الأمانة، فلا يكون متبرعًا.

قال[٨]: وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن، وقضى الدين[٩]؛ لأن الوصي قائم مقامه، ولو تولى الموصى[١٠] حيا بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن، فكذا لوصيه.

وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيًا، وأمره ببيعه؛ لأن القاضي نصب ناظرًا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم، والنظر في نصب الوصي، ليؤدي[١١] ما عليه لغيره، ويستوفي[١٢] ماله من غيره.

وإن كان على الميت دين، فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرماءه، لم يجز، وللآخرين أن يردوه؛ لأنه[١٣] آثر[١٤] بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي[١٥]، فأشبه

---

(١) الواو حالية.

(٢) مرتهن.

(٣) مرتهن.

(٤) بعضه. (كف) أي نصف دينه.

(٥) أي نصف دينه.

(٦) قوله: "وإن كان غائبًا لم يكن متطوعًا" ذكر الغيبة مطلقًا، وكذا في "الإيضاح" و "المبسوط"، وشرط في "الأسرار": أن يكون الغيبة منقطعة. (كفاية)

(٧) أي إصلاح المضمون.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) الذي على الراهن.

(١٠) تصرف.

(١١) الوصي.

(١٢) الوصي.

الإيثار[١] بالإيفاء الحقيقي.

فإن قضى[٢] دينهم قبل أن يردوه جاز[٣]؛ لزوال المانع لوصول حقهم إليهم، ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن، اعتباراً بالإيفاء الحقيقي، وبيع في دينه[٤]؛ لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده.

وإذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز[٥]؛ لأنه[٦] استيفاء، وهو[٧] يملكه.

قال رضي الله تعالى عنه[٨]: وفى رهن الوصى تفصيلات نذكرها فى كتاب الوصايا، إن شاء الله تعالى.

فصل[٩]

قال[١٠]: ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة، فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة[١١]، فهو رهن بعشرة[١٢]؛ لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن[١٣]، إذ

---

(١٣) (وصى)

(١٤) إيثار: بر گزيدن. (م)

(١٥) قوله: "بالإيفاء الحكمى" لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حكمًا. (ك)

(١) أى إيثار بعض الغرماء.

(٢) الوصى.

(٣) الرهن.

(٤) غريم.

(٥) قوله: "جاز" أى عقد الرهن، وهذا كالراهن إذا باع لا ينفذ بيعه لحق المرتهن، وإن قضى الراهن دينه، ينفذ البيع. (ك)

(٦) ارتهان.

(٧) الوصى.

(٨) أى المصنف.

(٩) قوله: "فصل" هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة فى أواخر الكتب، فلهذا أخره استدراكًا، لما فات فيما سبق. (نت)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) قوله: "ثم صار خلا يساوى عشرة" ولم ينقص مقداره، وإن نقص سقط من الدين بقدره، ولا يعتبر بنقصان القيمة؛ لأن الفائت مجرد الوصف، وبفواته فى المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم. (ع)

(١٢) قوله: "فهو رهن بعشرة" ذكر صاحب "المحيط": هذا إذا لم ينقص من الوزن شيء، فأما إذا نقص سقط من الدين بقدر النقصان، ويكون هو رهنًا بما بقى من الدين، وقوله: ثم صار خلا يساوى عشرة، هذا القيد وقع اتفاقًا؛ لأن انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين إذا بقى القدر على حاله، كما لو انكسر القلب وبقى الوزن على حاله. (ك)

(١٣) قوله: "يكون محلا إلخ" اعلم أن العصير المرهون إذا تخمر، فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين، أو كافرين، أو يكون الراهن وحده مسلمًا أو بالعكس، فإن كانا كافرين، فالرهن بحاله تخلل، أو لم يتخلل، وفى الأقسام

المحلية بالمالية فيهما، والخمر وإن[1] لم يكن محلا للبيع ابتداء، فهو محل له بقاء[2]، حتى إن من اشترى عصيرًا، فتخمر قبل القبض، يبقى العقد[3]، إلا أنه[4] يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب[5].

ولو رهن شاة، قيمتها عشرة بعشرة فمات، فدبغ[6] جلدها، فصار يساوى درهمًا، فهو رهن بدرهم[7]، لأن الرهن يتقرر بالهلاك، فإذا حيي بعض المحل يعود

الباقية إن تخلل فكذلك، وإليه يلوح إطلاق المصنف، حيث قال: ثم صار خلا أي بنفسه، وإن لم يتخلل بنفسه، فهل للمرتهن أن يخلله أولا ففيه تفصيل، إن كان الراهن مسلمًا جاز تخليله؛ لأن المالية وإن تلفت بالتخمير بحيث لا يضمن، وذلك يسقط الدين، لكن إعادتها ممكنة بالتخليل، فصار كتخليص الراهن من الجناية.

وإذا جاز ذلك للمسلين والخمر ليست بمال بالنسبة إليهم، فلأن يجوز في المرتهن الكافر أولى؛ لأنها مال بالنسبة إليه، وإذا كان الراهن كافرا، فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله، وليس للمرتهن المسلم تخليلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها؛ لأنه صار غاصبًا بما صنع، كما لو غصب خمر ذمي، فخللها، فالخل له، ويقع المقاصة إن كان دينه من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه. (ع)

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "فهو محل له إلخ" لقائل أن يقول: ما يرجع إلى المحل، فالابتداء والبقاء فيه سواء، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل، ويمكن أن يجاب عنه، بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيًا، وههنا يتبدل المحل حكمًا بتبدل الوصف، فلذلك تخلف عن هذا الأصل. (ع)

(٣) قوله: "يبقى العقد إلخ" وذلك لأن الخمر مال، إلا أنه ليس بمتقوم، فبالنظر إلى جهة المالية يقتضي المحلية، والنظر إلى أنه ليس بمتقوم يقتضي انعدام المحلية، فعملنا بالشبهين. فقلنا: بأنه ليس بمحل ابتداء، وأنه محل بقاء، ولم يقل بالعكس؛ لأن ما يكون محلا للابتداء، فهو محل للبقاء، فإن البقاء أسهل من الابتداء، فلا يمكن اعتبار الشبهين. (ك)

(٤) مشترى.

(٥) بعد البيع قبل القبض، فللمشترى الخيار.

(٦) المرتهن.

(٧) قوله: "فهو رهن بدرهم" هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمًا، وأما إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمين، كان الجلد رهنًا بدرهمين، وإنما يعرف هذا، فيما إذا نظر إلى قيمة الجلد، وإلى قيمة اللحم يوم الارتهان، فإن كانت قيمة اللحم تسعة، وقيمة الجلد درهمًا، كان الجلد رهنًا بدرهم، وإنما يعرف إذا نظر إلى قيمة الشاة حية وإلى قيمتها مسلوخة، فإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة تسعة، علم أن قيمة الجلد درهم يوم الرهن؛ لأنه بإزاء كل درهم من الشاة درهم من الدين، فيسقط من الدين تسعة، ويبقى الجلد رهنًا بدرهم.

وإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة ثمانية، علم أن قيمة الجلد درهمان، فيكون الجلد رهنًا بدرهمين، وإنما وجب النظر إلى قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة؛ لأن الأصل أن قيمة الرهن، إنما تعتبر يوم الارتهان، هذا الذي ذكرنا فيما إذا كانت قيمة الشاة مثل الدين، أما إذا كانت قيمة الشاة أكثر من الدين، بأن كانت قيمة الشاة عشرين، وقد دبغ الجلد، فإنه ينظر إلى قيمة الجلد وإلى اللحم يوم الارتهان، فإن كانت قيمته يوم الارتهان درهمًا، بأن كانت قيمتها حية عشرين، ومسلوخة تسعة عشر، علم أن قيمة الجلد كانت درهمًا، فتكون رهنًا بنصف درهم؛ لأن بإزاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين، فيكون الجلد رهنًا بنصف درهم، ويسقط بإزاء اللحم تسعة ونصف.

وإن كانت قيمة الشاة أقل من الدين، بأن كانت قيمتها خمسة، وقد دبغ الجلد، وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهمًا، فقد ذهب من الدين أربعة، والجلد رهن بستة؛ لأن الخمسة من الدين كانت باقية، وبمقابلة الخمسة الأخرى كانت

حكمه[١] بقدره، بخلاف ما إذا ماتت[٢] الشاة المبيعة قبل القبض، فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع؛ لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود، أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه، ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع، ويقول: يعود البيع.

قال[٣]: ونماء الرهن للراهن، وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف؛ لأنه متولد من ملكه، ويكون رهنًا[٤] مع الأصل؛ لأنه تبع له، والرهن حق لازم[٥]، فيسرى إليه. فإن هلك يهلك بغير شيء؛ لأن الأتباع لا قسط[٦] لها مما يقابل بالأصل؛ لأنها[٧] لم تدخل[٨] تحت العقد[٩] مقصودًا؛ إذ اللفظ[١٠] لا يتناولها.

وإن هلك الأصل، وبقي النماء افتكه الراهن بحصته[١١]، يقسم الدين على قيمة

الشاة مرهونة، فلما ماتت الشاة ذهب بما ذهب، وهو الخمسة، وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة، وهو درهم، وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين، فلهذا كان الجلد مرهونًا بما بقي من الدين وهو ستة، ولم يعد أربعة؛ لأنها كانت بإزاء اللحم، ولم يزل التوى عن اللحم، وقد كان بقي عليه من الدين خمسة، فكان الباقي من الدين ستة، فصار الجلد رهنًا بستة مضمونًا بإزاء درهم، فإذا هلك الجلد بعد ذلك، هلك بدرهم واحد، فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين. ثم هذا الذي ذكره محمد: أن الجلد يصير رهنًا بما يخصه من الدين، لا يشكل إذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لا قيمة له، بأن تربه أو شمسه؛ لأنه في هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئًا، حتى يستحق حبس الجلد، فأما إذا حصل الدبغ بماله قيمة يثبت للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه، كما لو غصب جلد ميتة، ودبغه بشيء له قيمة. (ك)

(١) راهن.

(٢) عند البائع.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) على معنى أنه يحبس كما يحبس الرهن. ك)

(٥) قوله: "حق لازم [أي متأكد بحيث لا اختيار فيه. ك]" ألا ترى أن الراهن لا يملك إبطاله، بخلاف ولد الجارية الجانية، حيث لا يسرى حكم الجناية إلى الولد، ولا يتبع أمه فيه؛ لأن الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء. (مل)

(٦) بهره.

(٧) أتباع.

(٨) فلا يكون لها قسط مما يقابل بالأصل. (ك)

(٩) أي العقد الوارد على الأصل مقصودًا. (ك)

(١٠) أي لفظ الجارية، أو الشاة. (حميدية)

(١١) قوله: "بحصته" أي بحصة من الدين؛ لأنه صار مقصودًا بالفكاك، والتبع إذا صار مقصودًا يكون له قسط، كولد المبيع لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصودًا بالقبض، صار له حصته، حتى إذا هلكت الأم قبل القبض، وبقي الولد كان للمشتري أن يأخذ الولد بحصته من الثمن، ولو هلك قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن. (زيلعي)

الرهن يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكاك؛ لأن الرهن يصير مضمونًا بالقبض والزيادة تصير[١] مقصودة[٢] بالفكاك، إذا بقي إلى وقته، والتبع يقابله شيء[٣]، إذا صار مقصودًا، كولد المبيع[٤]، فما أصاب الأصل يسقط من الدين؛ لأنه يقابله الأصل مقصودًا، وما أصاب النماء افتكّه الراهن؛ لما ذكرنا[٥]، وصور المسائل على هذا الأصل تخرج[٦]، وقد ذكرنا بعضها في "كفاية المنتهى" وتمامه في "الجامع" و "الزيادات"[٧].

ولو رهن شاة بعشرة، وقيمتها عشرة، وقال الراهن للمرتهن: أحلب الشاة، فما حلبت فهو لك حلال، فحلب وشرب، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك.

أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر[٨]؛ لأنها إطلاق، وليس بتمليك[٩]، فتصح مع الخطر، ولا يسقط شيء من الدين؛ لأنه أتلفه بإذن المالك[١٠].

فإن لم يفتكّ الشاة حتى ماتت[١١] في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة، فما أصاب الشاة سقط، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن[١٢]؛ لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن، والفعل حصل بتسليط

---

(١) قوله: "تصير" وذلك لأن الزيادة لا تصير مقصودة إلا بفعل حسي، كما ذكرنا، ولا فعل ههنا سوى الفكاك، فيصير مقصوداً به. (ك)

(٢) لأنه إنما صار مضمونًا به، إذ لو هلك قبله هلك مجانًا. (ع)

(٣) والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك، فيخصه شيء من الدين. (عناية)

(٤) فإنه لا حصة له من الثمن إلا إذا صار مقصوداً بالقبض. (ك)

(٥) قوله: "لما ذكرنا" أي لكونه مقصوداً بالفكاك، وتفسيره إذا كانت قيمة الأصل ألفًا، والولد يساوي ألفًا، فالدين نصفان في الظاهر، فإن مات الولد ذهب بغير شيء، ويبقى الدين بإزاء الأم، وإن ماتت الأم، وبقي الولد، فإن افتكّه افتكّه بنصف الدين، وإن هلك الولد بعد موت الأم ذهب بغير شيء، وذهب كل الدين بموت الأم. (ك)

(٦) يعني قسمة الدين على قيمتها يوم القبض، وقيمته يوم الفكاك. (ع)

(٧) وفيه كثرة وتطويل، أعرض عنه المصنف. (عيني)

(٨) قوله: "فيصح تعليقها بالشرط" يريد بأنه قوله: فما حلبت فإن كلمة ما تضمنت معنى الشرط، ولهذا دخل الفاء في خبرها. (عناية)

(٩) ولو كان تمليكًا لما تعلق بالشرط.

(١٠) قوله: "لأنه أتلفه إلخ" ولو فعل ذلك بغير إذن الراهن وجب عليه الضمان، فيكون رهنًا عند المرتهن ومحبوسًا بالدين مع الشاة، وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير إذن المرتهن، ضمن قيمته، ويكون القيمة رهنًا عند المرتهن مع الشاة، ثم التقييد بالشاة إنما يظهر فائدته في جانب الضمان فيما إذا حلبها بغير إذنه، حتى إن المرهون لو كان أمة، فأرضعت صبي المرتهن بغير إذن الراهن، لم يحتسب به، لأن لبن الآدمي لا ثمن له. (ك)

(١١) شاة.

من قبله، فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه، فكان مضمونًا عليه، فيكون له حصته من الدين، فبقى[1] بحصته، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن فى أكله، وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس.

قال[2]: وتجوز الزيادة فى الرهن[3]، ولا تجوز فى الدين[4] عند أبى حنيفة ومحمد، ولا يصير الرهن رهنًا بها[5]، وقال أبو يوسف: تجوز الزيادة فى الدين أيضًا.

وقال زفر والشافعى: لا تجوز فيهما[6]، والخلاف معهما فى الرهن[7] والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء[8]، وقد ذكرناه فى البيوع[9].

ولأبى يوسف فى الخلافية[10] الأخرى أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع[11]، والرهن كالمثمن، فتجوز الزيادة فيهما[12]، كما فى البيع[13]، والجامع بينهما

---

(١٢) قوله: "أخذه المرتهن إلخ" لأن إتلاف المرتهن انتقل إلى الراهن لما كان بإذنه، وصار الراهن مستردًا، لما أتلفه المرتهن. (كافى)

(١) الدين.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "وتجوز الزيادة إلخ" مثل أن يرهن ثوبًا بعشرة يساوى عشرة، ثم يزيد الراهن ثوبًا آخر ليكون مع الأول رهنًا بعشرة، جاز عند علمائنا. (عناية)

(٤) قوله: "ولا تجوز فى الدين" صورة الزيادة فى الدين هو أن يزيد دينًا على الدين الأول على أن يكون الرهن الأول رهنًا بالدينين، وهو غير جائز. (زيلعى)

(٥) قوله: "ولا يصير الرهن إلخ" يعنى أن المراد بقولهم أن الزيادة فى الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهنًا بالزيادة، بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق، وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة؛ لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعًا. (زيلعى)

(٦) قوله: "لا تجوز فيهما [أى فى الرهن والدين]" لأنه يؤدى إلى الشيوع؛ لأنه لا بد للرهن الثانى من أن يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الأول بقدره من أن يكون رهنًا أو مضمونًا، وذلك شائع، والشيوع يفسد الرهن. (زيلعى)

(٧) أى فى زيادة الرهن. (ك)

(٨) قوله: "والمنكوحة" أى فى زيادة المنكوحة، بأن زوج المولى أمته من رجل بمهر مقدر، ثم زوج المولى أمة أخرى منه بذلك المهر وقبل الزوج يصح، وينقسم الألف عليهما. (ك)

(٩) أى فى الفصل الذى ذكره فى باب المرابحة والتولية. (ك)

(١٠) وهو قوله: وقال أبو يوسف: يجوز الزيادة فى الدين أيضًا. (ك)

(١١) قوله: "كالثمن إلخ" حتى يكون الرهن محبوسًا بالدين مضمونًا به، كالمبيع بالثمن، ثم الزيادة فى الرهن ملحقة بأصل العقد، فكذا الزيادة فى الدين كالزيادة فى المبيع والثمن. (ك)

(١٢) أى الدين والرهن.

(١٣) فإنه يجوز الزيادة فى الثمن والمثمن.

الالتحاق بأصل العقد للحاجة(١) والإمكان(٢).

ولهما(٣) وهو القياس، أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن(٤)، وهو غير مشروع عندنا، والزيادة فى الرهن توجب الشيوع فى الدين، وهو غير مانع من صحة الرهن.

ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمس مائة من الدين جاز، وإن(٥) كان الدين ألفا، وهذا شيوع فى الدين.

والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين(٦)؛ لأنه غير معقود عليه ولا معقود به، بل وجوبه سابق على الرهن، وكذا يبقى بعد انفساخه(٧)، والالتحاق بأصل العقد فى بدلى العقد(٨) بخلاف البيع؛ لأن الثمن بدل يجب بالعقد.

ثم إذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية(٩)، يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، حتى لو كانت قيمة الزيادة

---

(١) قوله: "الالتحاق إلخ" ففى الثمن إنما يصح بالتحاقها بأصل العقد، فإنه لولا هلك، لما صحت الزيادة ثمنا، فكذا الزيادة في المبيع تصح لهذا الوصف أيضًا، والدين مع الرهن كالثمن مع المبيع، ويجوز الزيادة فى الرهن بالتحاق الزيادة بأصل العقد، فكذا الزيادة فى الدين بجامع الاحتياج والإمكان، فإن الحاجة تمس إلى الزيادة فى الدين، كما تمس إلى الزيادة في الرهن، بأن يكون فى مالية الرهن فضل على الدين، ويحتاج الراهن إلى مال آخر، فيجعلانه رهنًا بهما.
وأما الإمكان فلأن العقد بعد الالتحاق يتغير من وصف مشروع إلى وصف مشروع، بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو أقل، وأنه مشروع في الابتداء، فكذا فى الانتهاء. (ك)

(٢) أى إمكان الزيادة. (ك)

(٣) طرفين.

(٤) قوله: "توجب الشيوع فى الرهن" لأن بعض الرهن يفرغ من الدين الأول؛ ليثبت فيه ضمان الدين الثانى، فبقي حكم الأول في البعض مشاعًا، والشيوع فى الرهن يمنع صحة الرهن، فأما الزيادة فى الرهن فيؤدى إلى الشيوع فى الدين، لأن بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الأول إلى الثانى، والشيوع فى الدين لا يضر كما لو رهنه بنصف الدين رهنًا. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "والالتحاق [الساد للجامع الذى ذكره أبو يوسف.ع] إلخ" يعنى أن الالتحاق بأصل العقد فى المعقود عليه، أو المعقود به، والدين ليس بمعقود عليه، وهو ظاهر، ولا معقود به؛ لأن المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبًا قبل عقد الرهن بسببه، ويبقى بعد فسخ الرهن، فلا يمكن إثبات الزيادة فيه ملحقة بأصل العقد، وأما الرهن فمعقود عليه؛ لأنه لم يكن محبوسًا قبل عقد الرهن، ولا يبقى محبوسًا بعد عقد الرهن، فالزيادة فى الرهن زيادة فى المعقود عليه، فيلتحق بأصل العقد، والثمن يجب بالعقد، فيكون معقودًا به، فوضح الفرق. (ك)

(٧) رهن.

(٨) معقود عليه وبه.

(٩) قوله: "وتسمى هذه" أى الزيادة فى الرهن زيادة قصدية، بخلاف نماء الرهن، فإن ذلك زيادة فى الرهن، وليست بقصدية، بل هى زيادة ضمنية، ويختلفان حكمًا أيضًا، فإن الدين يقسم على قيمة الزيادة فى الرهن يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكاك. (ك)

يوم قبضها خمس مائة، وقيمة الأول يوم القبض ألفًا، والدين ألفًا، يقسم الدين أثلاثًا في الزيادة ثلث الدين، وفي الأصل ثلثا الدين اعتبارًا بقيمتهما في وقتي الاعتبار(١).

وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض، وإذا ولدت المرهونة ولدًا(٢)، ثم إن الراهن زاد مع الولد عبدًا، وقيمة كل واحد(٣) ألف، فالعبد رهن مع الولد خاصة، يقسم ما في الولد عليه، وعلى العبد الزيادة؛ لأنه(٤) جعله زيادة مع الولد دون الأم.

ولو كانت الزيادة مع الأم(٥)، يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأم، قسم عليها، وعلى ولدها(٦)؛ لأن الزيادة دخلت على الأم.

قال(٧): فإن رهن عبدًا يساوي ألفًا بألف، ثم أعطاه عبدًا آخر قيمته ألف رهنًا مكان الأول، فالأول رهن حتى يرده(٨) إلى الراهن، والمرتهن في الآخر أمين، حتى يجعله(٩) مكان الأول؛ لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين، وهما باقيان، فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقيًا(١٠)، وإذا بقي

---

(١) أي وقتي قبضهما.

(٢) قوله: "وإذا ولدت إلخ" يعني إذا رهن جاريته بألف تساوي ألفًا، فولدت ولدا يساوي ألفًا، ثم زاد عبدًا فقال الراهن: زدتك هذا العبد مع الولد رهنًا، وهو أيضًا يساوي ألفًا جاز العقد، ويكون العبد رهنًا مع الولد دون الأم، فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك، وقيمة العبد يوم قبضه؛ لأن العبد دخل في ضمانه يوم القبض، فإن مات الولد بعد الزيادة، بطلت؛ لأنه إذا هلك خرج من العقد، وصار كأن لم يكن، فبطل الحكم في الزيادة؛ لأنها ملحقة بالولد في الحكم. (ع)

(٣) من العبد والولد والجارية.

(٤) راهن.

(٥) بأن قال الراهن: زدتك هذا العبد مع الأم. (ع)

(٦) قوله: "قسم عليها إلخ" لأن الزيادة إذا دخلت على الأم، فكأنها كانت في أصل العقد، فيكون الولد داخلا في حصة الأم خاصة، فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها، وبقي الولد والزيادة بما فيها؛ لأن بهلاك الأم يتقرر الضمان، فلا يبطل الحكم في الزيادة، بخلاف الزيادة في الولد، ولو مات الولد بعد الزيادة، ذهب بغير شيء، فكأن العبد زيد في الأم ولا ولد معها. (كفاية)

(٧) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٨) المرتهن.

(٩) مرتهن.

(١٠) قوله: "ما دام الدين باقيًا" هذا احتراز عن الإبراء على ما سيجيء، فإن بالإبراء يرتفع الضمان، وإن لم ينقض

الأول في ضمانه، لا يدخل الثاني في ضمانه؛ لأنهما[١] رضيا بدخول أحدهما فيه[٢]، لا بدخولهما، فإذا رد الأول، دخل الثاني في ضمانه.

ثم قيل: يشترط تجديد[٣] القبض[٤]؛ لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة، ويد المرتهن يد استيفاء وضمان، فلا ينوب[٥] عنه[٦]، كمن له على آخر جياد، فاستوفى زيوفًا ظنها جيادًا، ثم علم بالزيافة، وطالبه بالجياد وأخذها، فإن الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف[٧]، ويجدد القبض[٨]، وقيل: لا يشترط؛ لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل[٩].

وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة، ولأن الرهن عينه أمانة، والقبض يرد على العين، فينوب قبض الأمانة عن قبض العين، ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانًا.

خلافًا لزفر[١٠]؛ لأن الرهن مضمون بالدين[١١]، أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود[١٢]، ولم يبقَ الدين بالإبراء، أو الهبة، ولا جهته[١٣]

القبض بالرد إلى الراهن حتى لو هلك يهلك بغير شيء. (ك)

(١) راهن ومرتهن.

(٢) أي في الضمان.

(٣) أي بعد رد الأول.

(٤) للثاني.

(٥) يد الأمانة.

(٦) أي عن يد الضمان.

(٧) قوله: "فإن الجياد أمانة في يده إلخ" لا يقال: بأن حقه في الجياد دون الزيوف، فينبغي أن يكون الزيوف أمانة، دون الجياد؛ لأنا نقول: لما قبض الزيوف أولا، وقع الاستيفاء لأصل حقه، ولكن فات الوصف، ولهذا لو تجوز به يتم الاستيفاء، فإذا حصل بقبض الزيوف أصل الاستيفاء يكون الجياد أمانة ضرورة، كيلا يتكرر الاستيفاء. (ك)

(٨) في الجياد.

(٩) قوله: "على ما بيناه من قبل" يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل أن تمام الرهن بالقبض. (عناية)

(١٠) قوله: "خلافًا لزفر" قال زفر: إن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض، وهو قائم، فكان بعد الإبراء وقبله سواء، ولهذا كان مضمونًا بعد الاستيفاء وإن لم يبقَ الدين بعده. (عناية)

(١١) قوله: "لأن الرهن [دليل لنا] إلخ" هذا تعليل جواب الاستحسان، وبيان هذا أن ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعًا؛ لأنه ضمان استيفاء، فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار بقاء الدين، وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين، وهو الدين، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما، ألا ترى أنه لو رد، سقط الضمان؛ لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذلك إذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان؛ لانعدام الدين مع بقاء القبض، ولما لم يبقَ الدين بالإبراء أو الهبة، ولا جهة الدين، لم يبقَ الضمان. (كفاية)

(١٢) على ما مر صورته.

لسقوطه، إلا إذا أحدث[١] منعًا[٢]؛ لأنه يصير به[٣] غاصبًا إذ لم تبقَ له ولاية المنع.

وكذا إذا ارتهنت[٤] المرأة رهنا بالصداق[٥] فأبرأته، أو وهبته، أو ارتدت -والعياذ بالله- قبل الدخول، أو اختلعت منه على صداقها، ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله، ولم تضمن شيئًا؛ لسقوط الدين كما في الإبراء.

ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن، أو بإيفاء متطوع، ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين، ويجب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه، وهو من عليه، أو المتطوع بخلاف الإبراء، ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلا، كما ذكرنا[٦]، وبالاستيفاء لا يسقط؛ لقيام الموجب[٧]، إلا أنه يتعذر الاستيفاء[٨] لعدم الفائدة؛ لأنه[٩] يعقب[١٠] مطالبة[١١] مثله، فأما هو في نفسه[١٢] فقائم، فإذا هلك[١٣] يتقرر الاستيفاء الأول[١٤]، فانتقض الاستيفاء الثاني[١٥].

وكذا[١٦] إذا اشترى[١٧] بالدين عينًا أو صالح عنه على عين؛ لأنه[١٨] استيفاء،

---

(١٣) أي ولا يبقى جهة الدين.

(١) قوله: "إلا إذا أحدث [فحينئذ لو هلك هلك مضمونًا] إلخ" يعني فإن قيل: سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان، فإنه إذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء، فإنه يضمن، وقد سقط الدين، أجاب عنه بقوله: إلا إذا أحدث إلخ. (ع)

(٢) ى عن قبض الراهن.

(٣) بالمنع.

(٤) من الزوج.

(٥) كابين زن. (ص)

(٦) آنفًا.

(٧) قوله: "لقيام الموجب [وهو العقد الذي لزم الدين به. (عناية) وهو إما القرض أو المداينة أو الإجارة وغير ذلك. (ك)]" وهو للاستدانة أو غيرها، أما في الإبراء لا ينعدم الموجب أيضًا، ولكن وجد المنافي، وهو الإبراء، وفي الإيفاء وإن بقي الموجب، لكن لم يوجد المنافي؛ لأن الديون تقضى بأمثالها؛ لأن الدين بعد أداءه باق على ذمة المديون، ولهذا لو أبرأ رب الدين المديون عن الدين بعد الأداء، يتمكن من استرداد، أو ما أدى من الدين، كذا في "مبسوط خواهر زاده". (حميديه)

(٨) من الراهن المديون.

(٩) [استيفاء.

(١٠) فيفضي إلى الدور. (ع)

(١١) من المرتهن المستوفي.

(١٢) هذا تكرير للتوكيد. (ع)

(١٣) الرهن.

(١٤) قوله: "الاستيفاء [أي الاستيفاء الحكمي. ك]" أي الاستيفاء الذي كان ثبت للمرتهن بقبض المرهون. (نت)

(١٥) أي الاستيفاء الحقيقي، ولا يتكرر الاستيفاء. (ك)

(١٦) معطوف على قوله: ولو استوفى المرتهن الدين إلخ.

وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره، ثم هلك الرهن بطلت الحوالة[١]، ويهلك بالدين[٢]؛ لأنه فى معنى البراءة بطريق الأداء[٣]؛ لأنه يزول[٤] به[٥] عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه، أو ما يرجع عليه به[٦]، إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين؛ لأنه بمنزلة الوكيل[٧].

وكذا لو تصادقا[٨] على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين[٩]؛ لتوهم وجوب الدين[١٠] بالتصادق على قيامه[١١]، فتكون الجهة باقية، بخلاف الإبراء[١٢]، والله أعلم.

---

(١٧) المرتهن.

(١٨) قوله: "لأنه [أى الشراء، أو الصلح]" أى لأن كل واحد من الشرى والصلح على عين استيفاء، فيجب عليه رد الرهن إن كان باقيًا، أو قيمته إن هلك فى يده قبل الرد. (ع)

(١) لأنه لم يبقَ المطالبة بهلاك الرهن لتقرر الاستيفاء. (ك)

(٢) قوله: "ويهلك بالدين" لأنه بالحوالة لا يسقط الدين، ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل، ولهذا يعود إلى ذمة المحيل إذا مات المحتال عليه مفلسا. (كف)

(٣) قوله: "لأنه فى معنى إلخ" إشارة إلى الجواب عما يقال: ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عليه، فكان ينبغى أن يكون بمعنى الإبراء، فيهلك أمانة، ووجه ذلك ما أشار إليه من أن الحوالة وإن كانت إبراء، لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط، فإنه يزول به إلخ. (ع)

(٤) إن كان للمحيل على المحتال عليه دين.

(٥) أى بعقد الحوالة.

(٦) قوله: "أو ما يرجع إلخ" معطوف على قوله: ما كان له إلخ، أى يزول بعقد الحوالة عن ملك المحيل مثل ما يرجع المحتال عليه على المحيل. (مل)

(٧) قوله: "لأنه بمنزلة إلخ" تعليل لقوله يرجع عليه، أى المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين عن المحيل. (ك)

(٨) راهن ومرتهن.

(٩) قوله: "يهلك بالدين [هذا اختيار بعض المشايخ، ومنهم المصنف. ع]" وذكر شمس الأئمة السرخسى في "المبسوط"، وإذا تصادقا على أن لا دين، بقى ضمان الرهن، إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن؛ لأن الدين كان واجبًا ظاهرًا حين هلك الرهن، ووجوب الدين ظاهرًا يكفى لضمان الرهن، فصار مستوفيًا، فأما إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم، ثم هلك الرهن، فإن هناك يهلك أمانة؛ لأن بتصادقهما ينتفى الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين. (ك)

(١٠) قوله: "لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه" يعنى بعد التصادق على عدمه؛ لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفاءه، فيكون الجهة باقية، وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب. (ع)

(١١) فى الآتى.

(١٢) راجع إلى قوله: فتكون الجهة باقية، فإنه لم يبقَ الدين فى الإبراء، و لا جهته.

فهرس المحتويات

* * * * *